DIRECTOR: PASCUAL AGUELO NAVARRO

Abogado, Presidente de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española y Responsable de la web de Extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

Nº28

Revista de

Derecho Migratorio y Extranjería

© Lex Nova 2011

Lex Nova, S.A.U.
Edificio Lex Nova.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457038
Fax 983 457224
E–mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 922–2002
ISSN 1695–3509
Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General:
Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por Pascual Aguelo Navarro, con la colaboración de Gloria Sánchez y Jaime Barbero del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

El texto de las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos originales.

La edición digital de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en **portaljuridico.lexnova.es**

LEX NOVA

DIRECTOR

PASCUAL AGUELO NAVARRO

Abogado, Presidente de la Subcomisión de Extranjería del
Consejo General de la Abogacía Española y Responsable de la web de Extranjería
del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

DIRECTOR ADJUNTO

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Zaragoza

CONSEJO DE REDACCIÓN

MARÍA DEL CARMEN AINAGA VARGAS
Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Veracruz (México)

ELISEO AJA FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TU de Derecho del Trabajo. Universidad Rey Juan Carlos

LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO
Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla

JAVIER GALPARSORO GARCÍA
Abogado del Ilustre Colegio de Vizcaya

JUAN L. IBARRA ROBLES
Magistrado. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia

FERNANDO MARIÑO MENÉNDEZ
Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Carlos III

KAREN MUSALO
Abogada y profesora del Hastings College of the Law.
University of California (USA)

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA
Abogado del Ilustre Colegio de Málaga

EDUARD SAGARRA I TRIAS
Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona

FRANCISCO SOLÁNS PUYUELO
Abogado del Ilustre Colegio de Valencia

MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Almería

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO
Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

ELENA ZABALO ESCUDERO
Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza

RICARD ZAPATA-BARRERO
Profesor Titular de Ciencia Política. Universidad Pompeu Fabra

ÍNDICE GENERAL

Página

EDITORIAL 7

ARTÍCULOS

I. NOTAS PARA LA PRESENTACIÓN DEL MONOGRÁFICO 11

II. MIGRACIÓN INTERNACIONAL Y DESARROLLO. CONCLUSIONES EXTRAÍDAS DE LA EXPERIENCIA SENEGALESA
Papa Demba Fall 13

III. ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO Y CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS INMIGRANTES EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA
Margarita Ramos Quintana 29

IV. DE LAS FACILIDADES AL RETORNO VOLUNTARIO DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES EN ESPAÑA: ¿MEDIDAS ANTICRISIS O GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS?
Carmen Grau Pineda 49

V. LA GESTIÓN CONCERTADA DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS ENTRE ÁFRICA OCCIDENTAL Y LA UNIÓN EUROPEA: UNA APROXIMACIÓN A LAS ASOCIACIONES DE MOVILIDAD
Víctor Cuesta López 69

VI. LAS LÓGICAS DE LA INMIGRACIÓN SENEGALESA EN ESPAÑA
Mercedes Jabardo Velasco 87

VII. MIGRACIONES DE MUJERES Y PERSPECTIVA DE GÉNERO: SENEGALESAS EN CANARIAS
Josefina Domínguez Mujica 101

VIII. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS ENTRE CABO VERDE Y LA UNIÓN EUROPEA (EN ESPECIAL HACIA ESPAÑA)
José Pina-Delgado 121

IX. EFECTOS DE LA ASOCIACIÓN ESPECIAL EN EL MERCADO LABORAL CABOVERDIANO
Salvador Varela 153

Página

X. FRONTEX Y LA CREACIÓN DE LA FRONTERA EUROAFRICANA: GOLPEANDO LA VALLA ILUSORIA
Ruben Andersson 177

XI. LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS DESDE LA UNIÓN EUROPEA (DE LA DECISIÓN MARCO 2002/629/JAI A LA DIRECTIVA 2011/36/UE). ESPECIAL REFERENCIA AL ÁFRICA OCCIDENTAL
Dulce M.ª Santana Vega 193

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

Asilo 219
Expulsión 230
Derecho al trabajo 244
Permiso de trabajo 249
Derecho penal 255
Homologación de títulos 264
Nacionalidad 277
Régimen comunitario 287

II. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JUNIO DE 2011: SOBRE EL DERECHO DEL EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR AL PERCIBO DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN
César Tolosa Tribiño 297

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

I. CRÓNICA LEGISLATIVA 309

II. EUROPA EN BREVE. INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS 313

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS

I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS 333

COMPLET INDEX

Página

EDITORIAL 9

ARTICLES

I. NOTES FOR THE MONOGRAPH PRESENTATION 11

II. INTERNATIONAL MIGRATION AND DEVELOPMENT. CONCLUSIONS FROM THE SENEGALESE EXPERIENCE
Papa Demba Fall 13

III. LABOR MARKET ACCESS AND WORKING CONDITIONS OF IMMIGRANTS IN THE CONTEXT OF ECONOMIC CRISE
Margarita Ramos Quintana 29

IV. FACILITIES TO THE VOLUNTARY RETURN OF MIGRANT WORKERS IN SPAIN: ANTI-CRISE MEASURES OR MIGRATORY FLOWS MANAGEMENT?
Carmen Grau Pineda 49

V. THE MIGRATION MANAGEMENT BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND WEST AFRICA: AN APPROACH TO MOBILITY PARTNERSHIPS
Víctor Cuesta López 69

VI. THE LOGIC OF SENEGALESE IMMIGRATION IN SPAIN
Mercedes Jabardo Velasco 87

VII. WOMEN MIGRATION AND GENDER: SENEGALESE IN SPAIN
Josefina Domínguez Mujica 101

VIII. CAPE-VERDEAN EXPERIENCE IN THE MIGRATION MANAGEMENT WITH THE EUROPEAN UNION AND, IN PARTICULAR, WITH SPAIN
José Pina-Delgado 121

IX. THE EFFECTS OF THE SPECIAL PARTNERSHIP CAPE VERDE / EUROPEAN UNION LABOR MARKET IN CAPE VERDE
Salvador Varela 153

Página

X. FRONTEX AND THE CREATION OF EURO-AFRICAN BORDER: HITTING THE ILLUSORY FENCE
Ruben Andersson 177

XI. THE FIGHT AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS FROM THE EUROPEAN UNION (2002/629/JHA FRAMEWORK DECISION DIRECTIVE 2011/36/UE). SPECIAL REFERENCE TO WEST AFRICA
Dulce M.ª Santana Vega 193

REPORTS OF JURISPRUDENCE

I. ANALYTIC INDEX OF VOICES

Asylum 219
Expulsion 230
Right to work 244
Working license 249
Criminal law 255
Recognition of qualifications 264
Nationality 277
Community rules 287

I. ANALYSIS OF THE HIGH COURT JUDGEMENT OF JUNE 21ST 2011: ON IRREGULAR FOREIGNERS RIGHT TO RECEIVE THE SALARIES FOR THE PROCESSING TIME
César Tolosa Tribiño 297

LEGISLATIVE REPORTS

I. LEGISLATIVE REPORT 309

II. EUROPE IN BRIEF. WEEKLY INFORMATION FROM THE DELEGATION IN BRUSSELS 313

BIBLIOGRAPHICAL NOTICES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS

I. BIBLIOGRAPHICAL NOTICES 333

EDITORIAL

En el último mes del cuatrimestre del año 2011 aparecieron importantes novedades como consecuencia de la formación de un nuevo Gobierno que ha traído consigo relevantes cambios en la estructuración de los órganos responsables de ejecutar la política migratoria en nuestro país. Asimismo, en este período se produjeron novedades que deben ser tenidas muy en cuenta a la hora de hacer un balance del trimestre.

Ya en el mes de Septiembre, el Consejo de Ministros aprobaba el **II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración**, que deberá desarrollarse en los años 2011 a 2014. En este II Plan se reconoce la integración de los inmigrantes como uno de los retos más importantes que debe afrontar la sociedad española en el futuro más inmediato. Ello resulta doblemente transcendente si tenemos en cuenta la grave crisis económica y estructural en la que estamos inmersos, que sin duda dificultará la implementación de eficaces instrumentos de cohesión social basados en la igualdad y no discriminación entre las personas; además, esta grave crisis hace aflorar a la superficie políticas sociales con cierto grado de xenofobia, que puede afectar a la convivencia y a la integración.

Por otra parte, la política basada en el **retorno voluntario (el único retorno jurídicamente tal, el retorno obligatorio es una forma de expulsión)** no acaba de ofrecer una vía suficientemente atractiva para ser transitada por personas con una permanencia prolongada en España; no obstante, se enmarca dentro de lo que la Unión Europea contempla como «inmigración circular» y que puede suponer, en algún caso, una solución individual aceptable **(Instrucción conjunta DGHI/SGRJ/7/2011)**.

En el mes de Noviembre tuvo lugar la modificación de la normativa que regula la situación de los familiares de ciudadanos de la Unión, realizándose una regulación que refuerza la conexión de las normas españolas con el contenido de la Directiva 2004/38/CE, así como con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de junio de 2010, por la que se anulan diversos apartados de artículos del Real Decreto 240/2007. Esta modificación se materializó en el **RD 1710/2011, de 18 de noviembre**, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Los **programas electorales** de los principales partidos también han puesto el acento en las políticas de integración en coherencia con las políticas adoptadas por la Unión Europea. Ello resulta totalmente necesario, dado el permanente avance del Derecho Migratorio de la UE, como demuestra, por ejemplo, la aprobación en el mes de diciembre de la **Directiva 2011/98/UE**, de 13 de diciembre, sobre permiso único para residir y trabajar en el territotrio de un Estado miembro y la publicación de la **Instrucción DGI/SGRJ/8/2011, sobre el denominado esfuerzo de integración**.

Sin embargo, en el momento de escribir este Editorial, recogemos algunas noticias de última hora que producen cierta inquietud. Destacaremos, sobre todo, la desaparición de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, junto con sus tres Direcciones Generales, desapariciones que pueden provocar un vacío a la hora de homogeneizar la ejecución del II Plan Estratégico y la nueva normativa de extranjería vigente tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009 y su Reglamento 557/2011. Parece que el fenómeno migratorio —especialmente la integración— es relegado en el ámbito estatal a un segundo o un tercer lugar.

Con todo este panorama, se anticipa un período en el que deberemos volver la vista más intensamente a Europa. Las políticas migratorias generadas desde la Unión Europea deben servir como vehículo normalizador de las legislaciones estatales y de las correspondientes actuaciones, centrales y autonómicas, en esta materia. El estudio del nuevo Derecho Migratorio de la UE y la cada vez más frecuente utilización de los procedimientos jurisdiccionales europeos se presenta en nuestro caso como un nuevo reto a desarrollar en el próximo período.

El número 29 de la REDMEX apuntará ya en esa dirección, ofreciendo en su Dossier un avance introductorio a ese nuevo Derecho Migratorio.

Realizamos en el presente número 28 una nueva experiencia: La publicación de un número monográfico. En él nuestra Revista presenta una extensa e intensa reflexión acerca de la necesaria fusión entre Migración y Desarrollo extraída de la singular experiencia de relaciones entre España, la Unión Europea y África Occidental.

Esperamos que este nuevo número de la REDMEX ayude a la comprensión del fenómeno migratorio y de la actual situación en el contexto jurídico, social y económico de las migraciones

Sólo nos resta desear una buena y fructífera lectura de la REDMEX y el mejor 2012 para todos y todas, en Derechos Humanos, en igualdad y no discriminación.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ARTÍCULOS

I. NOTAS PARA LA PRESENTACIÓN DEL MONOGRÁFICO

Los artículos que se reúnen en este número especial de la REDMEX están dedicados al estudio de los flujos migratorios entre África occidental y Europa. Todos los autores participantes, académicos europeos y africanos, se han visto involucrados durante estos dos últimos años en alguna de las actividades organizadas en el marco del proyecto interuniversitario de cooperación al desarrollo Migraciones y Derechos Humanos, organizado conjuntamente entre la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y la Universidad Cheikh Anta Diop de Dakar y financiado por la Dirección General de Relaciones con África del Gobierno de Canaria y/o del proyecto de investigación Migraciones Circulares y Asociaciones de Movilidad: hacia un nuevo modelo de gestión de los flujos migratorios entre la Unión Europea y África Occidental, financiado por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

Durante las I Jornadas Hispano-Senegalesas «Migrations entre le Sénégal et l'Espagne: défis et opportunités», celebradas el 17-18 de febrero de 2011 en la Universidad Cheikh Anta Diop de Dakar, los coordinadores del proyecto interuniversitario, Carmen Grau Pineda y Víctor Cuesta López, pretendían ofrecer a la comunidad universitaria senegalesa una visión de conjunto sobre las políticas, marcos normativos y prácticas administrativas europeas y españolas en materia de inmigración, presentando especial atención a los flujos migratorios entre Senegal y España. Entre los numerosos participantes en el evento se encontraba la Dra. Mercedes Jabardo Velasco (Universidad Miguel Hernández de Alicante) y la Dra. Domínguez Mújica (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria) que presentan en este número especial los artículos «Las lógicas de la inmigración senegalesa en España» y «Migraciones de mujeres y perspectiva de género: senegalesas en Canarias». Durante estas jornadas también interviene la profesora Dra. Dulce Santana Vega, que nos presenta un artículo sobre el combate a la inmigración irregular desde la Unión Europea titulado «La lucha contra la trata de seres humanos desde la Unión Europea (de la Decisión marco 2002/629/JAI a la Directiva 2011/36/UE). Especial referencia al África occidental». A estas Jornadas también asiste como invitado Ruben Andersson (Doctorando en antropología por la London School of Economics), que nos presenta un artículo relativo al control de fronteras exteriores de la Unión Europea bajo el sugerente título «Frontex y la creación de la frontera euroafricana: golpeando la valla ilusoria».

En octubre de 2010, tienen lugar en Casa África (Las Palmas de Gran Canaria) las II Jornadas Hispano-Senegalesas sobre Migraciones y Derechos Humanos «Nuevas tendencias en la gestión de los flujos migratorios entre África Occidental y Europa». Las Jornadas contaron con la asistencia de migrantes africanos residentes en Canarias, de estudiantes y de representantes de organizaciones no gubernamentales así como de distintos profesionales que trabajan en el ámbito de la migración. En esta ocasión intervino el profesor senegalés Papa Demba Fall (RÉMIGRAF - Institut fondamental d'Afrique noire, Universidad Cheikh Anta Diop de Dakar) presentando su comunicación «Migración internacional

y desarrollo: conclusiones de la experiencia senegalesa durante los últimos diez años». Considerando la posición singular de Cabo Verde en la gestión de los flujos migratorios hacia Europa tras la conclusión de la asociación de movilidad con la Unión Europea, se estimó oportuno invitar a participar en las jornadas a dos juristas caboverdianos, el Pr. José Manuel Pina Delgado y el Pr. Salvador Correia Varela, ambos docentes del Instituto Superior de Ciencias Jurídicas y Sociales de Cabo Verde, que nos presentan los artículos «La regulación internacional de los flujos migratorios entre Cabo Verde y la Unión Europea (en especial hacia España)» y «Los efectos de la asociación especial Cabo Verde / Unión Europea en el mercado laboral caboverdiano». Entre los participantes también se encontraba la Dra. Margarita Ramos Quintana (Universidad de La Laguna), que presenta el artículo titulado «Acceso al mercado de trabajo y condiciones de trabajo de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica».

Entre las actividades propuestas en el proyecto de investigación Migraciones Circulares y Asociaciones de Movilidad: hacia un nuevo modelo de gestión de los flujos migratorios entre la Unión Europea y África Occidental destacó el Coloquio Internacional «NOVAS TENDÊNCIAS NA GESTÃO DE FLUXOS MIGRATÓRIOS E A PARCERIA PARA A MOBILIDADE ENTRE CABO VERDE E A UNIÃO EUROPEIA», celebrado en Praia, Cabo Verde, en noviembre de 2010. El Pr. Dr. Víctor Cuesta López (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria) presenta en esta ocasión su trabajo «La gestión concertada de los flujos migratorios entre África occidental y la Unión Europea: una aproximación a las asociaciones de movilidad», mientras que la Pfa. Dra. Carmen Grau Pineda (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria) presenta el trabajo incluido en el artículo «De las facilidades al retorno voluntario de los trabajadores inmigrantes en España: ¿medidas anticrisis o gestión de flujos migratorios?».

En definitiva, se incluyen en este monográfico diez colaboraciones que abordan el fenómeno migratorio desde distintas perspectivas en un claro intento por plantear un enfoque multidisciplinar siempre necesario al abordar temáticas como la propuesta.

Realizamos en el presente número 28 una nueva experiencia: La publicación de un número monográfico. En él nuestra Revista presenta una extensa e intensa reflexión acerca de la necesaria fusión entre Migración y Desarrollo extraída de la singular experiencia de relaciones entre España, la Unión Europea y África Occidental.

Esperamos que este nuevo número de la REDMEX ayude a la comprensión del fenómeno migratorio y de la actual situación en el contexto jurídico, social y económico de las migraciones.

II. MIGRACIÓN INTERNACIONAL Y DESARROLLO. CONCLUSIONES EXTRAÍDAS DE LA EXPERIENCIA SENEGALESA [1]

Dr. Papa Demba Fall

RÉMIGRAF-Institut fondamental d'Afrique noire [2]*. Université* Cheikh Anta Diop *de Dakar*

RESUMEN

Migración internacional y desarrollo. Conclusiones extraídas de la experiencia senegalesa

La migración internacional ocupa, en estos momentos, el centro del debate sobre cuestiones vinculadas con el desarrollo. De hecho, son innumerables los encuentros y documentos dedicados a este tema en todo el mundo. El Informe mundial sobre Desarrollo Humano de 2009, publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), constituye la ilustración perfecta de la relevancia de la cuestión migratoria en el seno de las relaciones internacionales. A pesar de ser el pariente pobre de la globalización, la libre circulación de personas sigue suscitando un atractivo especial en los países del Sur, en los que la migración de larga distancia se percibe como una alternativa para la prosperidad de las familias, o incluso de las naciones, sometidas a duras pruebas por la crisis. Si hoy en día parece quedar claro que la diáspora puede contribuir de forma significativa al auge de un país, sin embargo no se ha zanjado el debate entre aquellos que piensan que la migración es un factor de desarrollo y los que tienen más reservas en cuanto al papel desempeñado por la movilidad de cara al desarrollo sostenible. El presente trabajo pretende analizar la experiencia de Senegal en materia de gestión de la migración internacional a lo largo de los diez últimos años y, en especial, las acciones orientadas a implicar a la diáspora en el desarrollo nacional. Su objetivo último es responder a dos interrogantes fundamentales: ¿qué estructuras se han implantado desde 2000 para incitar a los migrantes in-

ABSTRACT

International migration and development. Conclusions from the senegalese experience

International migration occupies, at present, the center of the debate on issues related to development. In fact, countless numbers of meetings and documents devoted to this subject in the world. The global Human Development Report 2009, published by the United Nations Development Programme (UNDP), is the perfect illustration of the relevance of the migration issue within international relations. Despite being the poor relation of globalization, free flow of people continues to inspire a special attraction in the South, where long-distance migration is perceived as an alternative to the prosperity of families, or even nations, severely tested by the crisis. If today it seems clear that the diaspora can contribute significantly to the growth of a country, however, has not settled the discussion between those who think that migration is a factor of development and have the most reservations about the role of mobility in the face of sustainable development. This paper analyzes Senegal's experience in management of international migration over the last ten years and, in particular, the actions to involve the Diaspora in national development. Its ultimate goal is to answer two fundamental questions: What structures have been implemented since 2000 to encourage international migrants to take an active part in the development of your country? and what the measures taken by the Government of Senegal to attract investment from migrants have produced inconclusive results?

(1) Traducido por el Dr. D. Agustín Darias Marrero, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

(2) N. del T. RÉMIGRAF, del francés «Réseau d'étude des migrations internationales africaines» (Red de estudio de las migraciones internacionales africanas), es un programa de investigación del Instituto Fundamental del África Negra de la Universidad *Cheikh Anta Diop* de Dakar.

ternacionales a tomar parte activa en el desarrollo de su país? y ¿las disposiciones adoptadas por el Gobierno de Senegal para atraer las inversiones de los migrantes han producido resultados concluyentes?

Palabras clave: migración internacional, desarrollo, Senegal, diáspora, gestión de la migración.

Key words: international migration, development, Senegal, diaspora, migration management.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA APORTACIÓN DE LOS MIGRANTES INTERNACIONALES AL DESARROLLO DE LOS PAÍSES DE ORIGEN: UN DEBATE CONTROVERTIDO E INCONCLUSO.

1. La aportación financiera de los migrantes.

2. Las inversiones de los migrantes.

3. La fuga de cerebros.

III. LA POLÍTICA SENEGALESA DE GESTIÓN Y MOVILIZACIÓN DE LOS MIGRANTES EN FAVOR DEL DESARROLLO NACIONAL.

1. Las instituciones al servicio de la diáspora.

1.1. Dos servicios dependientes del Gabinete del Ministro.

A) El CSSE.
B) La Oficina de Acogida, Orientación y Seguimiento de los emigrantes (BAOS).

1.2. Tres departamentos.

A) La Dirección de la Promoción Inmobiliaria de los Senegaleses del Extranjero.
B) La Dirección de Apoyo a la Inversión y los Proyectos.
C) La Dirección de Asuntos Sociales.

1.3. Una estructura de gestión.

A) El Fondo de Apoyo a la Inversión de los Senegaleses en el Exterior (FAISE).

2. La contribución de los socios para el desarrollo a la gestión de la migración.

2.1. Las políticas de retorno de los emigrantes.
2.2. La capacitación de los protagonistas de la migración.

IV. POSIBLES PISTAS Y BUENAS PRÁCTICAS SUSCEPTIBLES DE OPTIMIZAR LA APORTACIÓN DE LA MIGRACIÓN AL DESARROLLO.

1. Generar conocimientos sólidos sobre el hecho migratorio.

2. Rentabilizar y coordinar mejor las iniciativas gubernamentales.

3. Medidas urgentes o recomendaciones.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

VI. ANEXOS.

1. **Anexo 1. Histórico de las instituciones ministeriales responsables de la diáspora.**
2. **Anexo 2. Representación de los migrantes en las instituciones parlamentarias y consultivas.**

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, la migración internacional ocupa el centro del debate sobre cuestiones vinculadas con el desarrollo. De hecho, son innumerables los encuentros y documentos dedicados a este tema en todo el mundo. El Informe mundial sobre Desarrollo Humano de 2009, publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), constituye la ilustración perfecta de la relevancia de la cuestión migratoria en el seno de las relaciones internacionales.

A pesar de ser el pariente pobre de la globalización, la libre circulación de personas sigue suscitando un atractivo especial en los países del Sur, en los que la migración de larga distancia se percibe como una alternativa para la prosperidad de las familias, o incluso de las naciones, sometidas a duras pruebas por la crisis.

Si hoy en día parece quedar claro que la diáspora puede contribuir de forma significativa al auge de un país, sin embargo no se ha zanjado el debate entre aquellos que piensan que la migración es un factor de desarrollo y los que tienen más reservas en cuanto al papel desempeñado por la movilidad de cara al desarrollo sostenible.

Al igual que el continente asiático, que constituye el campo de estudio privilegiado sobre la aportación de los migrantes al desarrollo local, África concede cada vez más importancia a la contribución de la diáspora al desarrollo local.

El presente trabajo pretende analizar la experiencia de Senegal en materia de gestión de la migración internacional a lo largo de los diez últimos años y, en especial, las acciones orientadas a implicar a la diáspora en el desarrollo nacional[(3)].

Su objetivo último es responder a dos interrogantes fundamentales. En primer lugar, ¿qué estructuras se han implantado desde 2000 para incitar a los migrantes internacionales a tomar parte activa en el desarrollo de su país? Y, en segundo, ¿las disposiciones adoptadas por el Gobierno de Senegal para atraer las inversiones de los migrantes han producido resultados concluyentes?

La argumentación expuesta a continuación se basa en las investigaciones llevadas a cabo desde hace unos quince años en Senegal y hace hincapié en un problema cada vez más acuciante de la movilidad: la relación entre las migraciones y el desarrollo. En la pri-

(3) No se trata en absoluto de evaluar aquí la denominada política del régimen de alternancia que llegó al poder en Senegal en marzo de 2000. El periodo 2000-2010 es el considerado, de manera fortuita, en el marco de una investigación llevada a cabo en tres países africanos.

mera parte, se analizan desde un punto de vista crítico las tesis sostenidas por expertos y especialistas en migraciones, con respecto a la contribución de los migrantes al desarrollo de su país o región de origen. Mediante la consideración en profundidad de tres aspectos a los que se suele recurrir para medir el impacto de la movilidad sobre el desarrollo —las transferencias financieras o remesas, las inversiones de los migrantes y la fuga de cerebros—, se indicará cómo los trabajos mencionados antes se inscriben en la misma línea que las problemáticas tratadas a escala global y que los argumentos expuestos por las dos tendencias presentes en el debate no facilitan demasiado el hacerse una idea clara sobre si la aportación de los migrantes al desarrollo de sus territorios de origen es decisiva o no.

La segunda parte del artículo se centra en la gestión del hecho migratorio por parte del Estado senegalés, sobre todo en las medidas destinadas a implicar a los migrantes en los programas nacionales de desarrollo. Se intentará responder aquí a una serie de preguntas: ¿cuáles de esas disposiciones institucionales pretenden respaldar a los migrantes? ¿Qué ventajas y límites comportan las políticas adoptadas hasta hoy?

Finalmente, el tercer y último apartado plantea qué vías y medios pueden permitir sacar el máximo provecho de las oportunidades que ofrece la migración. Se sostiene el postulado fundamental según el que el principal motor que hay que accionar para reforzar la capacidad de las estructuras de ayuda y el potencial de los propios migrantes es el diálogo político basado en la correcta gobernanza, entre todos los agentes protagonistas implicados: el Estado y las administraciones locales, las asociaciones de migrantes, los socios para el desarrollo y las poblaciones locales.

II. LA APORTACIÓN DE LOS MIGRANTES INTERNACIONALES AL DESARROLLO DE LOS PAÍSES DE ORIGEN: UN DEBATE CONTROVERTIDO E INCONCLUSO

En función del valor que se concede a la aportación de los migrantes internacionales a sus países de origen y del compromiso de la comunidad internacional de incluir la diáspora en las políticas de desarrollo, a lo largo de la última década se ha ido afianzando una nueva visión del lugar que ocupan y el papel de las comunidades de expatriados en el desarrollo de los países del Tercer Mundo, en general, y de los del continente africano, en particular (BLACK y TIEMOKO, 2003 (4)).

En el debate acerca de las relaciones entre movilidad y desarrollo, éstas se analizan a menudo considerando tres factores: la aportación financiera de los emigrantes, es decir, las remesas, las inversiones de los emigrantes retornados y la fuga de personal cualificado.

El caso de Senegal ofrece la oportunidad de examinar y de ilustrar, en relación con los tres aspectos mencionados, la complejidad de la relación entre migración y desarrollo.

(4) BLACK, R.; TIEMOKO, R., Migration, retour et impact en Afrique de l'Ouest, OCDE / Club du Sahel et de l'Afrique de l'Ouest, París, 2003.

1. La aportación financiera de los migrantes

El convencimiento de que las migraciones contribuyen al desarrollo ha ido extendiéndose a medida que el maná financiero caído sobre las zonas de origen ha ido incrementándose considerablemente en la última década y permitiendo así concebir numerosas perspectivas. Senegal se encuentra en esa situación, con unas transferencias rápidas que han aumentado de 9,1% a 12% del PIB. Se ha pasado de 378.176 millones de francos CFA, o sea, 577 millones de euros, en 2005 a 543.925 millones de francos CFA, o lo que es lo mismo 830 millones de euros en 2007.

Sin embargo, hay que destacar que estas importantes sumas de dinero se destinan sobre todo al consumo de los hogares, por lo que se consideran improductivas para la economía nacional y para mayor disgusto de los emigrantes, que estiman que «hay que comer para luego poder pensar en otras cosas». Efectivamente, los principales focos de migración están constituidos por zonas en las que las actividades tradicionales, como la agricultura, ya no pueden procurar recursos suficientes para satisfacer las necesidades de la población. Eso explica que, por ejemplo, en las regiones de Louga y Diourbel, la disminución de la producción de cacahuete se traduzca en el éxodo masivo de la población hacia las ciudades.

2. Las inversiones de los migrantes

Los estudios dedicados a las inversiones de los migrantes retornados indican que su principal inconveniente es destinarse mayoritariamente a los sectores inmobiliario y comercial. Las inversiones inmobiliarias, las preferidas dada la seguridad que ofrece el sector, pretenden proporcionar a las familias de los emigrantes rentas financieras que se destinan, sobre todo, al consumo de los hogares. En cuanto a las actividades comerciales, constituyen un sector en el que se refugian aquellos migrantes que no tienen un proyecto suficientemente madurado para retornar y se ven obligados a seguir trabajando, incluso a la edad de la jubilación.

Si resulta generalmente admitido que el sector inmobiliario puede provocar un efecto de arrastre en la economía local con la creación de empleos en distintos sectores artesanales, no siempre ocurre lo mismo con las actividades comerciales realizadas por los emigrantes retornados, que son muy criticadas por el hecho, sobre todo, de introducir productos de desecho en contenedores, como piezas de repuesto, ropa y mobiliario usados, etc.

3. La fuga de cerebros

Es cierto que Senegal se ve menos afectado por la fuga de cerebros que otros países, como Ghana; sin embargo, paga un pesado tributo por la expatriación de personal altamente cualificado, fundamentalmente docentes y médicos.

Las causas de esta fuga de cerebros hay que buscarlas, seguramente, en el atractivo de los países ricos en términos de condiciones laborales y salariales, e igualmente en el carácter poco favorable del contexto africano, en particular en el ámbito político, tal y como muestran los numerosos casos de directivos que emigran debido al advenimiento de regímenes poco respetuosos con los principios democráticos.

El hecho de que los jóvenes formados en las universidades del Norte no regresen a su país, dados los problemas provocados por el desempleo, constituye un motivo importante de preocupación, ya que esta pérdida de capacidades representa un hándicap significativo para un país que dispone solamente de una cantidad limitada de personal veterano, y dicha pérdida es aún más inquietante si se considera que no da lugar a forma de compensación alguna.

Una idea generalmente aceptada es que la fuga de cerebros constituye un freno para el desarrollo de un país y que es necesario encontrar la forma de invertir esa tendencia o, al menos, de paliar sus efectos perversos.

No obstante, algunos analistas estiman que la experiencia adquirida por los directivos africanos en los países de acogida puede valorarse o rentabilizarse mediante retornos definitivos o periódicos a los países de origen. Un buen ejemplo de puesta en práctica de esta idea es la iniciativa lanzada por el PNUD, Transfer of Knowledge through Expatriate Nationals (TOKTEN[5]), cuya evaluación indica que ha beneficiado a sectores como el de la enseñanza superior en Senegal.

III. LA POLÍTICA SENEGALESA DE GESTIÓN Y MOVILIZACIÓN DE LOS MIGRANTES EN FAVOR DEL DESARROLLO NACIONAL

Desde hace cerca de dos décadas, Senegal ha perdido su condición de país de inmigración para convertirse en país de emigración (FALL, 1998[6]), una evolución que se ha acelerado a principios de los años 80 y que se traduce en la actualidad en una emigración más acentuada, que afecta al conjunto de las regiones del país, lo que genera en consecuencia un saldo migratorio negativo.

Con la intención de gestionar la migración internacional cuyos efectivos se estiman, en 2010, entre dos y tres millones de personas para una población total de 11 millones, el gobierno senegalés ha emprendido una ambiciosa política de gestión de los nacionales expatriados, es decir, de la comunidad que vive en el extranjero.

¿Qué instrumentos se han creado en el ámbito de la gestión de la migración internacional? ¿Con qué ayudas cuenta el gobierno de Senegal en su política migratoria?

1. Las instituciones al servicio de la diáspora

La creación de un departamento ministerial específicamente dedicado a la migración no constituye ninguna novedad en Senegal que, en efecto, es un país pionero en cuanto a implantar estructuras de gestión del hecho migratorio (véase anexo 1). Ya en 1983 fue nombrado, por primera vez, un ministro encargado de las migraciones para ejercer las competencias del que era, hasta entonces, un alto funcionario para la emigración adjunto al Presidente de la República o al Primer Ministro. Entre 1993 y 2003, la responsabilidad de

(5) N. del T. En inglés en el original francés, «Transferencia de Conocimientos por medio de Profesionales Expatriados».

(6) FALL, P.D., «Stratégies et implications fonctionnelles de la migration sénégalaise vers l'Italie», Migrations-Société, n.º 10, 1998, pp. 7-33.

gestionar la suerte de los migrantes recayó en la Dirección para los Senegaleses residentes en el Exterior, dependiente del Ministro de Asuntos Exteriores o Ministerio de Asuntos Exteriores, para la Unión Africana y los Senegaleses residentes en el Exterior[7]. Si bien es cierto que durante este periodo se observaron progresos significativos, el hecho de tomar en cuenta las reivindicaciones de los migrantes internacionales llevó a crear, efectivamente, en 1995, un órgano consultivo, el Consejo Superior de los Senegaleses en el Exterior (CSSE), formado por 75 delegados, de los cuales 60 eran elegidos como sigue: 30 representantes para las cinco zonas de emigración de África subsahariana, 16 de Europa, 7 de América, 6 de los países árabes y uno de Asia, y los 15 restantes eran nombrados por el Presidente de la República. En el seno del CSSE, se designó a tres miembros que tuvieron un escaño en el primer Senado[8] senegalés.

En el año 2000, con el cambio de régimen político o Alternancia (DIOP, DIOUF y DIAW, 2000[9]), y las recriminaciones de las asociaciones de emigrantes próximas al partido del gobierno —el Partido Democrático Senegalés—, se suspendió *sine die* el CSSE, por considerarlo cercano al «Antiguo Régimen». En lugar del órgano mencionado, la Presidencia de la República instauró un organismo dirigido, primero, por un Consejero especial, luego por un Ministro Consejero con rango de embajador en misión extraordinaria. Hubo que esperar 10 años para que el CSSE fuera actualizado mediante un decreto de fecha de 1 de marzo de 2010. Se vuelve a instaurar, así, una estructura ministerial específicamente encargada de los emigrantes, como resultado de las demandas apremiantes de las asociaciones de la diáspora. Las mismas reivindicaciones habían culminado en la celebración, del 18 al 20 de julio de 2001 en Dakar, del Simposio sobre la nueva colaboración con los senegaleses residentes en el exterior, cuyos trabajos habían desembocado, entre otras decisiones, en la nominación de un Ministro de los senegaleses residentes en el exterior en agosto de 2003.

Los servicios del nuevo Ministerio de los senegaleses residentes en el exterior que trabajan en estrecha colaboración con la diáspora son:

1.1. Dos servicios dependientes del Gabinete del Ministro

A) El CSSE

Tras largos años de letargo, el CSSE recibió un espaldarazo al término de los encuentros mantenidos los días 3 y 4 de abril de 2010 por sus 75 miembros designados, a título excepcional, por el Presidente de la República.

---

(7) *Cfr.* el decreto n.º 95-154 de 9 de febrero de 1995 sobre la creación del Consejo Superior de los Senegaleses en el Exterior (CSSE), la orden n.º 4380/MAESE/DES de 24 de abril de 1997, por la que se estipula la composición y el procedimiento de elección de los delegados, la organización y el funcionamiento del CSSE, y la ley n.º 98-48 de 10 de octubre de 1998, relativa a la elección de los [tres] senadores representantes de los senegaleses del extranjero.

(8) N. del T. El Senado se estableció por primera vez en Senegal en enero de 1999, durante la presidencia de Abdou Diouf. El 7 de enero de 2001, el Senado fue suprimido mediante referéndum y la Asamblea Nacional de Senegal adoptó el 31 de enero de 2007 un proyecto de ley por el que se restituía este órgano. La Constitución le atribuye una función de representatividad específica, puesto que pretende asegurar la representación de las administraciones locales de la República y de los senegaleses establecidos en el extranjero. [<http://www.senat.fr/senatsdumonde/senegal.html>].

(9) DIOP, M.-C.; DIOUF, M.; DIAW, A., «Le baobab a été déraciné. L'alternance au Sénégal», Politique africaine, núm. 78, 2000, pp. 157-179.

B) La Oficina de Acogida, Orientación y Seguimiento de los emigrantes (BAOS[10])

Órgano asesor e informativo, cuya creación se remonta a la primera época de los programas franceses de ayuda al retorno, iniciados bajo la égida de la Caja Central de Cooperación Económica (DIATTA y MBOW, 1999[11]; MBAYE, 2000[12]).

1.2. Tres departamentos

A) La Dirección de la Promoción Inmobiliaria de los Senegaleses del Extranjero

La Dirección de la Promoción Inmobiliaria de los Senegaleses del Extranjero, cuya responsabilidad es asesorar a los emigrantes internacionales que desean acceder a una propiedad inmobiliaria. Esta dirección ha llevado a cabo, sobre todo, el programa «Ciudad de la diáspora», que consiste en un programa de venta de viviendas, llave en mano, en Tivaouvane-Peul, en el área metropolitana de Dakar.

B) La Dirección de Apoyo a la Inversión y los Proyectos

La Dirección de Apoyo a la Inversión y los Proyectos, cuya misión es asistir a los migrantes mediante el estudio, el seguimiento y la evaluación de sus proyectos de retorno.

C) La Dirección de Asuntos Sociales

La Dirección de Asuntos Sociales, que ayuda a los emigrantes con las dificultades que encuentran en los países de acogida.

1.3. Una estructura de gestión

A) El Fondo de Apoyo a la Inversión de los Senegaleses en el Exterior (FAISE[13])

El FAISE es una entidad creada mediante el decreto n.º 2008-635 de 11 de junio de 2008, que está específicamente destinada a ayudar a los emigrantes para buscar y obtener financiación de las entidades bancarias. En enero de 2010, El FAISE financió 31 proyectos de senegaleses residentes en Italia (23), Francia (4), Estados Unidos (1), Malí (1), Guinea (1) y Gabón (1). Esta iniciativa, de un importe total de 160 millones de francos CFA, fue posible gracias a la colaboración de la Caja Nacional de Crédito Agrícola de Senegal (CNCAS[14]) que puso su experiencia, sobre todo en los campos de la agricultura, la ganadería y la pesca, a disposición de los promotores.

Hay que destacar que la complejidad de la gestión y el acompañamiento a los migrantes internacionales, así como los importantes intereses políticos en juego, han llevado, sin duda, a crear órganos gubernamentales con competencias en aspectos específicos del hecho migratorio.

---

(10) N. del T. Del francés «Bureau d'Accueil, d'Orientation et de Suivi des émigrés».

(11) DIATTA, M.-A.; MBOW, M., «Releasing the Development Potential of Return Migration: The Case of Senegal», *International Migration*, núm. 37 (1), 1999, pp. 243-266.

(12) MBAYE, A., Soubassements théoriques de la décision d'émigrer et incidence de la migration de retour sur le développement du pays d'origine: le cas du Sénégal, UCAD de Dakar: Faculté des Sciences économiques et de Gestion [Thèse de doctorat d'État ès Sciences économiques], Dakar, 2000.

(13) N. del T. Del francés «Fonds d'Appui à l'Investissement des Sénégalais de l'Extérieur».

(14) N. del T. Del francés «Caisse nationale du Crédit agricole du Sénégal».

La más conocida de estas instancias es, seguramente, la Dirección de Asistencia Técnica (DAT). Dicha estructura estaba inicialmente instalada en las dependencias del Ministerio de Empleo, Trabajo y Formación Profesional, actual Ministerio de Empleo, Trabajo y Organizaciones Profesionales, para pasar a depender del Gabinete del Primer Ministro, antes de ser tutelada por los servicios presidenciales, como la Secretaría General de la Presidencia de la República y la Delegación para la Reforma del Estado y la Asistencia Técnica.

Si su vocación primera era gestionar la cooperación internacional en materia de exportación de mano de obra, la DAT acoge desde entonces entre sus funciones el Programa de Apoyo a las Iniciativas Solidarias para el Desarrollo, anteriormente denominado Iniciativas de Co-desarrollo, y es responsable, en el marco de la cooperación franco-senegalesa, de coordinar el acompañamiento a los senegaleses establecidos en Francia que se lo solicitan a título individual o agrupados en asociaciones, de movilizar a los trabajadores de la diáspora altamente cualificados y del desarrollo local en las regiones de origen de los emigrantes.

Entre las iniciativas adoptadas a lo largo de la última década en favor de la diáspora senegalesa, se pueden citar las acciones que se desprenden de disposiciones administrativas y políticas y aquellas que tienen un alcance económico. Entre las primeras, las más importantes son:

— La convocatoria del Simposio sobre la nueva colaboración con los senegaleses residentes en el exterior, que dio origen a la Carta de política sectorial del Ministerio de los senegaleses residentes en el exterior, creado en agosto de 2003 tras el encuentro del Gobierno con las asociaciones de emigrantes.

— El nombramiento de cuatro senegaleses del extranjero, de los cuales tres eran mujeres, como miembros del Senado por el Presidente de la República en 2007.

En cuanto a las segundas, las disposiciones económicas de gran alcance han consistido, sobre todo, en apoyar la cooperación bilateral para movilizar los recursos financieros indispensables para iniciar, en Senegal, actividades generadoras de ingresos para los migrantes y sus familias. Entre las iniciativas de este tipo, dos merecen especial atención:

— La Plataforma de apoyo al sector privado y a la valorización de la diáspora senegalesa en Italia (PLASEPRI[15]). Se trata de una iniciativa italo-senegalesa para implantar un instrumento financiero orientado a apoyar a las PYMES locales, en especial las creadas por los inmigrantes.

— El Programa de Apoyo a las Iniciativas Solidarias para el Desarrollo (PAISD[16]), que es el fruto de la colaboración entre Francia y Senegal y tiene una duración de tres años, de 2009 a 2011. Sustituye al mencionado programa Iniciativas de Co-desarrollo que contribuyó de manera eficaz a la puesta en marcha de actividades económicas y a la construcción de infraestructuras básicas en las principales regiones emisoras de emigración.

(15) N. del T. Del francés «Plateforme d'appui au secteur privé et à la valorisation de la diaspora sénégalaise en Italie».

(16) N. del T. Del francés «Programme d'appui aux initiatives de solidarité pour le développement».

Dado que estas dos iniciativas han empezado a llevarse a la práctica recientemente, todavía no pueden evaluarse.

Se puede observar claramente que las migraciones internacionales ocupan, desde hace cierto tiempo, un lugar privilegiado en los programas políticos del Documento de Estrategia de reducción de la pobreza II[17], la Estrategia de Crecimiento Acelerado y los proyectos concebidos en aras de la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Sin embargo, sigue aún por demostrarse la incidencia y el alcance reales de la inclusión de la migración en las agendas políticas de desarrollo.

2. La contribución de los socios para el desarrollo de la gestión de la migración

Al margen de la acción gubernamental, los programas llevados a cabo por los socios de Senegal en favor de la diáspora son, fundamentalmente, de dos tipos: políticas de ayuda al retorno y transferencia de competencias.

2.1. Las políticas de retorno de los emigrantes

La política de ayuda al retorno de los emigrantes en situación regular que desean invertir en su país de origen se define en el marco de la colaboración entre los países receptores y los socios de la cooperación para el desarrollo.

En el conjunto de los programas de ayuda al retorno de los emigrantes, una de las instituciones más ambiciosas es la DAT, que acoge, de ahora en adelante, el PAISD, que cuenta con el respaldo del Gobierno francés.

En el contexto del Fondo de Solidaridad Prioritaria del Ministerio francés de Asuntos Exteriores, Senegal y Francia firmaron en 2005 un convenio para financiar la puesta en marcha del proyecto Iniciativas de Co-desarrollo, cuyo funcionamiento empezó oficialmente el 12 de julio de 2005, con el fin de que los senegaleses afincados en Francia se implicasen en acciones de desarrollo económico y social en Senegal.

La evaluación de ese programa de co-desarrollo en colaboración con Francia ofrece los resultados siguientes: el 60% de la población emigrante beneficiaria del proyecto regresó a su país, mientras que el 40% de los inversores siguen en un ir y venir continuo entre los territorios francés y senegalés. Hay que señalar también que expertos con elevada cualificación han podido emprender actividades en Senegal gracias al programa Iniciativas de Co-desarrollo.

En cuanto a los proyectos individuales o iniciativas privadas, 221 emprendedores crearon empresas en Senegal con ayuda de la DAT. Se crearon 800 empleos directos en dos años, cuyo valor añadido medio se estima en 35.000 € al año y por empresa, lo que representa un importe total de dos mil millones de francos CFA invertidos por los emprendedores senegaleses.

(17) *DSRP II. Document de Stratégie pour la croissance et la Réduction de la Pauvreté 2006-2010*, Senegal, 2006, <http://siteresources.worldbank.org/INTSENEGALINFRENCH/Resources/DSRP-II.pdf>.

Junto a estos proyectos individuales, las personas migrantes instaladas en Francia aunaron sus esfuerzos para crear PYMEs como Niokolo Transports, que ha adquirido 30 vehículos destinados al transporte en la región de Tambacounda, mediante la suscripción de acciones de emigrantes originarios de Kédougou. Se confió la gestión de la empresa a un compatriota, hasta el momento administrador en un hospital francés, que decidió regresar de forma provisional a su país.

Igualmente, hay que mencionar que las ONGs nacionales e internacionales se han especializado en apoyar el retorno y la reinserción de los emigrantes, y contribuyen así con su ayuda a la preparación de los proyectos, la formación de los emprendedores y la búsqueda de financiación, fundamentalmente de créditos, donativos o subvenciones. La implicación de las ONGs en la gestión de los flujos migratorios se remonta a los años 80. Entonces, se trataba de facilitar el retorno de los emigrantes, que recibían ayuda del Gobierno francés, de forma que algunas ONGs como Unión por la Solidaridad y la Cooperación (USE[18]) ayudaron a personal dedicado al servicio doméstico, originario del valle del río Senegal, y a la prostitución a reinsertarse en otros sectores, como los servicios consulares instalados en Senegal.

En relación con la crisis de los cayucos, el Consejo de ONGs de Ayuda al Desarrollo (CONGAD[19]) estableció un grupo de trabajo, Migración y Desarrollo, responsable en la materia, que fomentó la creación del Grupo Migración y la nominación de puntos focales para la migración en las organizaciones integrantes de su red.

2.2. La capacitación de los protagonistas de la migración

Aparte de los programas específicamente lanzados en favor de la diáspora, los países que cooperan con Senegal pretenden mejorar la capacitación de las instituciones gubernamentales con competencias en migración. A tal efecto, la cooperación para el desarrollo ha organizado y financiado numerosos seminarios y talleres formativos, de los que mencionaremos los más recientes:

Promotor	Tema
Organización Internacional para las Migraciones (OIM)	Integración de la variable migración en las políticas nacionales de desarrollo, destinado a diferentes ministerios, la sociedad civil, centros de investigación y de formación.
Organización Internacional del Trabajo (OIT)	Apoyo a la reinserción socio-profesional de los emigrantes retornados a los países de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO). Dakar, Hotel Savanna, 29 de octubre de 2009.
CONGAD	Coloquio de las sociedades civiles de África occidental sobre migraciones y desarrollo. Dakar, Hotel Fana, 12, 13 y 14 de octubre de 2009.

(18) N. del T. Del francés «Union pour la Solidarité et l'Entraide».

(19) N. del T. Del francés «Conseil des ONG d'Appui au Développement».

Asimismo, se han generado documentos de investigación destinados a consolidar los conocimientos sobre las migraciones senegalesas. Se lleva la palma la OIM, que cuenta en su activo con más de una veintena de publicaciones acerca de ámbitos tan diversos como las transferencias financieras, la protección social de los migrantes, etc.

IV. POSIBLES PISTAS Y BUENAS PRÁCTICAS SUSCEPTIBLES DE OPTIMIZAR LA APORTACIÓN DE LA MIGRACIÓN AL DESARROLLO

Se pueden sacar muchas lecciones de la experiencia de Senegal en cuanto a la gestión de la migración internacional y la implicación de los migrantes en el desarrollo. Efectivamente, las autoridades políticas senegalesas, con el apoyo de los socios para el desarrollo, se han esforzado por implantar estructuras capaces de alcanzar el resultado previsto, a saber, el desarrollo sostenible. Independientemente del mérito de las decisiones tomadas o de la voluntad real de obtener resultados satisfactorios, se deben regular ciertos asuntos previos para lograr una mayor eficacia. En particular, se trataría de mejorar los conocimientos sobre la movilidad internacional y de coordinar correctamente las acciones a escala local.

1. Generar conocimientos sólidos sobre el hecho migratorio

El discurso político actual concede una especial relevancia al llamamiento a los migrantes internacionales instándoles a que participen en el desarrollo nacional. No obstante, hay que destacar que existe un verdadero desconocimiento de la población mencionada, desde el punto de vista tanto de su importancia estadística como de su distribución geográfica y de sus capacidades reales.

2. Rentabilizar y coordinar mejor las iniciativas gubernamentales

En realidad, la política gubernamental de migración sigue estando basada en certezas que no están respaldadas, aún en la actualidad, por buenos conocimientos sobre el tema. De ahí se desprende que las acciones planteadas se revelen más como propósitos que como objetivos realizables a corto o medio plazo.

Cabe destacar que en la gestión de la cuestión migratoria intervienen diferentes ministerios, tal y como se puede observar: el Ministerio de los Senegaleses en el Exterior se ocupa de apoyar a los senegaleses de la diáspora; el Ministerio de Juventud y Empleo Joven administra los contratos temporales para trabajar en España; el Ministerio de Interior es responsable de expedir los visados para los viajes y también de la seguridad de la movilidad, sobre todo en el marco de operaciones de FRONTEX; el Ministerio de Asuntos Exteriores es competente en numerosos aspectos tan importantes como el estatus jurídico de los niños nacidos en el extranjero. La situación mencionada provoca, a menudo, errores y confusiones, cuando se trata de tomar decisiones rápidas.

3. Medidas urgentes o recomendaciones

Entre las acciones que merecen ser destacadas e impulsadas, con el fin de gestionar mejor los flujos migratorios, en general, y de servir de apoyo a la diáspora senegalesa, en particular, se pueden mencionar:

— Talleres, seminarios y programas de investigación, orientados a mejorar la capacitación de los migrantes y los órganos de gestión de la migración.

— Creación de un grupo de trabajo técnico nacional *ad hoc* sobre las migraciones, que pueda desempeñar el papel de foro de intercambio, de concertación y de coordinación de las acciones que hay que llevar a cabo.

— Implantación de fondos de garantía para respaldar las inversiones de los migrantes.

— Identificación, localización y valorización de las competencias de los migrantes en beneficio de las PYMES y las instituciones senegalesas como, entre otras, los servicios públicos de salud, las universidades y los centros de investigación.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Al seguir la dinámica mundial, firmemente afianzada en la actualidad, de implicar a los nacionales de la diáspora en el desarrollo de su país, Senegal, que puede vanagloriarse de ser pionero en el esfuerzo por asistir a su población expatriada, decidió en 2000 hacer mayor hincapié en la participación de sus «hijos que viven en el extranjero» en el desarrollo nacional. Sin embargo, hay que admitir que las disposiciones adoptadas no han surtido todavía los efectos esperados, debido a que la política migratoria carece de una base de conocimientos sólidos sobre los actores de la migración y a la falta de incentivos de los mecanismos implantados para incrementar las aportaciones de la diáspora.

Por lo tanto, capacitar a las instituciones responsables de brindar apoyo a los migrantes internacionales parece más necesario que nunca, al igual que implementar una política coherente y convincente en favor de los senegaleses residentes en el extranjero y que desean, a título individual o por medio de asociaciones, tomar parte activa en la construcción de su país de origen.

Para llevar a buen término una empresa semejante se imponen tres ejes de acción fundamentales:

— Generar conocimientos más sólidos sobre los migrantes internacionales, desde los puntos de vista estadístico y geográfico.

— Instituir una estructura interministerial de coordinación encargada de tratar aquellos temas que puedan depender de diferentes departamentos. Las reuniones del Grupo de trabajo técnico nacional[20], dedicadas a elaborar el perfil migratorio de Senegal, han mostrado suficientemente la necesidad de crear un órgano que englobe a las diferentes partes implicadas en el ámbito de la migración.

— Crear un órgano representativo de los senegaleses de la diáspora, cuyos miembros fueran elegidos de manera libre y transparente. El órgano en cuestión, siempre

(20) El Grupo de trabajo técnico nacional (GTTN) agrupa a expertos o puntos focales de migración en ministerios, instituciones universitarias, socios de la cooperación para el desarrollo y sociedad civil, que han acompañado a la OIM a lo largo de toda la preparación del Perfil migratorio nacional.

que fuera elegido democráticamente, podría desempeñar el papel de interlocutor creíble, con capacidad para que sus miembros se comprometiesen con los programas nacionales de desarrollo.

VI. ANEXOS

1. Anexo 1. Histórico de las instituciones ministeriales responsables de la diáspora

	Titular	Denominación	Fecha o decreto de nominación
1	Fambaye Fall Diop	Ministro para la emigración	Decreto n.º 84-1151 de 9 de octubre de 1984
2	Fatou Ndongo Dieng	Ministro para la emigración, adjunto al Presidente de la República	Decreto n.° 88-561 de 5 de abril de 1988
3	Mata Sy Diallo	Ministro para la emigración, adjunto al Presidente de la República. Ministro para la emigración, adjunto al Primer Ministro	Decreto n.º 90-332 de 27 de marzo de 1990
4	Moustapha Niasse	Ministro de Asuntos Exteriores y de los Senegaleses residentes en el Exterior	2 de junio de 1993
5	Jacques Baudin	Ministro de Asuntos Exteriores y de los Senegaleses residentes en el Exterior	4 de julio de 1998
6	Cheikh Tidiane Gadio	Ministro de Asuntos Exteriores y de los Senegaleses residentes en el Exterior	3 de abril de 2000
7	Abdou Malal Diop	Ministro de los Senegaleses residentes en el Exterior	25 de agosto de 2003
8	Oumar Khassimou Dia	Ministro de los Senegaleses residentes en el Exterior	Decreto n.º 2007-300 de 27 de febrero de 2007
9	Aminata Lo	Ministro de los Senegaleses residentes en el Exterior	Decreto n.º 2007-828 de 19 de junio de 2007
10	Sada Ndiaye	Ministro de los Senegaleses residentes en el Exterior	Decreto n.º 2009-1381 de 3 de diciembre de 2009
11	Ngoné Ndoye	Ministro de los Senegaleses residentes en el Exterior	Decreto n.º 2011-628 de 16 de mayo de 2011

2. Anexo 2. Representación de los migrantes en las instituciones parlamentarias y consultivas

Senado (4)

[Composición: 100 miembros, de los cuales 35 son elegidos por sufragio indirecto en la subdivisión administrativa de los departamentos y otros 65 por el Presidente de la República]

Sr. Mass Thiam (Italia)

Sra. Awa Gueye Thiam (Gambia)

Sra. Aissatou Thiam (Costa de Marfil)

Sra. Hawa Kane (Francia)

Asamblea Nacional (1)

[Composición:150 diputados elegidos por sufragio universal directo para un mandato de 5 años]

Sr. Abdoulaye Ciré Sall (Francia)

Consejo Económico y Social (2)

[Composición: Un presidente y 80 miembros nombrados por decreto presidencial]

Sra. Thialal Sabara (Estados Unidos de América)

Sra. Fatou Badji (Francia)

Consejo Superior de los Senegaleses en el Exterior

[Composición: 75 delegados nombrados por decreto presidencial]

III. ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO Y CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS INMIGRANTES EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA

MARGARITA I. RAMOS QUINTANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna (ULL)

RESUMEN

Acceso al mercado de trabajo y condiciones de trabajo de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica

La situación socioeconómica de crisis que asuela España desde el año 2008 ha producido un fuerte impacto en el empleo y contratación de los trabajadores inmigrantes. Aunque persiste la demanda de mano de obra inmigrante por déficits estructurales del mercado, como carencia de mano de obra cualificada o especializada y trabajos poco cualificados, las tasas de desempleo registradas revelan las consecuencias negativas de la crisis sobre las oportunidades de empleo existentes para la fuerza de trabajo inmigrada. El nuevo Reglamento de extranjería trata de dar respuesta al nuevo ciclo de migraciones caracterizado por una disminución de demandas de entrada y un aumento de solicitudes de trabajo de los inmigrantes que residen en nuestro país. Su elaboración realizada en un dilatado proceso de diálogo y participación avala un importante grado de eficacia y de aplicación efectiva en las soluciones alcanzadas. Destaca la simplificación de procedimientos para la obtención de autorizaciones de residencia y trabajo, cuya tipología se amplía notablemente.

Palabras clave: Inmigración, modelo migratorio, política migratoria, empleo, contratación, autorizaciones para residir y trabajar en España.

ABSTRACT

Labor market access and working conditions of immigrants in the context of economic crise

The socioeconomic situation of crises that ravage to Spain from the year 2008 has produced a strong impact in the employment and contracting of immigrant workers. Although it persists the hand-held demand of immigrant work by structural deficits of the market, like hand-held lack of qualified or skilled work and works little qualified, the taxes of unemployment registered reveal the negative consequences of the crisis on the opportunities of existent employment for the strength of work immigrated. The new regulation of alienisms treats to give answer to the new cycle of migrations characterized by a decrease of demands of entrance and an increase of applications of work of the immigrants that reside in our country. His preparation realized in a dilated process of dialogue and participation guarantee an important degree of efficiency and of effective application in the solutions reached. It stands out the simplification of procedures pair wing obtaining of permissions of residence and work, whose typology expands notably.

Key words: Immigration, migration patterns, immigration policy, employment, recruitment, authorizations to reside and work in Spain.

SUMARIO

I. EL CONTEXTO GLOBAL DE LA CRISIS: SUS EFECTOS SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES.

II. EL IMPULSO DE UN MODELO DE MIGRACIÓN VINCULADO A LAS NECESIDADES DEL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA.

III. LAS POLÍTICAS DE RETORNO VOLUNTARIO COMO PRIMERA REACCIÓN ANTE LA CRISIS.

IV. LA CONSOLIDACIÓN DEL MODELO DE MIGRACIÓN EN TIEMPOS DE CRISIS: INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES QUE SE ENCUENTRAN EN ESPAÑA, MIGRACIÓN CIRCULAR, MIGRACIÓN ESPECIALIZADA Y ALTAMENTE CUALIFICADA.

1. Cambios normativos y acomodación al período de crisis económica.

2. Autorizaciones de residencia y trabajo: modalidades en vigor tras algunas innovaciones y modificaciones significativas.

I. EL CONTEXTO GLOBAL DE LA CRISIS: SUS EFECTOS SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

La crisis financiera desatada en el verano de 2008, posteriormente convertida en crisis económica y actualmente traducida en profunda crisis de empleo, llevó a algunos expertos a predecir que la misma iba a producir importantes efectos, así como un impacto negativo y de consecuencias directas sobre la población trabajadora migrante: pronósticos sobre el aumento espectacular del desempleo, aumento de políticas restrictivas en los países de destino, incentivos al retorno a los países de origen, disminución masiva de envío de remesas, desvío de población inmigrante hacia la economía informal y emergencia de brotes de racismo y xenofobia, entre otros[(1)], han sido efectos y consecuencias confirmados por la realidad de los acontecimientos entre 2008 y 2011.

Si en períodos de expansión económica las tasas de desempleo de los trabajadores migrantes son superiores a las de los nativos, en procesos de contracción económica estas tasan se distancian aún más. Los primeros trabajadores en perder sus puestos de trabajo son los migrantes y, como efecto derivado de tal circunstancia, su situación administrativa se deteriora por la pérdida de autorizaciones de residencia y trabajo. Pasar a la situación de irregularidad resulta muy fácil en períodos de crisis económica y esa nueva situación jurídica de extrema vulnerabilidad les conduce a perder toda posibilidad de integración económica y social.

El trabajo, en las sociedades desarrolladas del mundo occidental, se ha convertido en factor indispensable de integración, cohesión social y acceso a la ciudadanía. La pérdida de empleo para los trabajadores migrantes supone una serie de consecuencias añadidas que los trabajadores nativos desconocen: alteración de su estatuto jurídico (con una pérdida relevante de derechos civiles, sociales y económicos), irregularidad de su situación en el país de destino (pérdida de documentos), exposición a medidas de carácter sancionador, a la expulsión y, en definitiva, a situaciones de marginalidad social.

(1) AWAD, I., *Global Economic Crisis and Migrant Workers, Impact and Responses*. ILO, Ginebra, 2010, p. 10 y ss.

III. Condiciones de trabajo de los inmigrantes

La crisis económica mundial ha tenido repercusiones negativas sobre los trabajadores migrantes en Europa, fundamentalmente por el efecto de la intensificación de la demanda de trabajo. Si, además, se toma en consideración la segmentación del mercado de trabajo y la diferencia de estatuto jurídico laboral entre trabajadores cualificados y no cualificados, la mano de obra inmigrante presenta como tendencia mayoritaria situarse en el segmento secundario principalmente, donde las condiciones de trabajo son precarias y la retribución generalmente reducida. La mayoría de los inmigrantes ocupa puestos poco cualificados que conllevan largas jornadas de trabajo, horarios irregulares, empleos estacionales, que normalmente rechazan los trabajadores nacionales, todo ello en un marco en el cual se produce una fuerte concurrencia entre una multitud de pequeñas empresas sometidas a innovaciones técnicas que les son demandadas por la competitividad global y con fuertes fluctuaciones en cuanto a la duración de la vida de las empresas[(2)]. Los trabajadores migrantes han sido afectados en mayor medida por la crisis y el desempleo puesto que se han concentrado en aquellos sectores productivos que crecieron espectacularmente en el período económico anterior a la crisis, como construcción, hostelería, industria manufacturera, y que en mayor medida han sido golpeados por la misma. Asimismo, una tipología común de trabajadores inmigrantes ha visto cómo por el tipo de actividad que realizan no han podido permanecer ajenos al contexto de la crisis y sus efectos negativos: empleos atípicos, trabajadores de temporada, etc., al estar concentrados en sectores muy sensibles a la contracción del crecimiento económico y por tener modalidades contractuales muy precarias (contratos temporales o de duración determinada con retribuciones salariales mínimas y escaso grado de protección social).

Como quiera que en tiempos de crisis se contrae la economía pero, indudablemente, hay una actividad económica que persiste y no desaparece del todo la demanda de mano de obra, los factores que contribuyen a la inmigración en períodos de crecimiento y desarrollo económico continúan dándose en períodos de contención: el carácter del proceso migratorio, esto es, la regularidad o irregularidad de la situación migratoria; el acceso al empleo en la economía informal; la posible contracción del mercado de trabajo de los países de origen; la dificultad (el coste, en suma) de emprender un nuevo proyecto migratorio dirigido a otros países en desarrollo[(3)]. Por consiguiente, la crisis no logra, no ha logrado, detener las migraciones, si bien es cierto que han cambiado las características de los flujos migratorios.

Los migrantes poco cualificados están llamados a percibir con mayor intensidad los efectos de la crisis, especialmente por la insuficiencia de los sistemas de protección sociales para atender su situación de desempleo. La persistencia de necesidad de mano de obra cualificada en sectores como la ingeniería y la salud abre, sin embargo, nuevas perspectivas a los altamente cualificados, así como a aquellos que ocupan profesiones intelectuales o que trabajan en el ámbito de la investigación. Las dificultades de los trabajadores migran-

---

(2) FROMENTIN, V., «Les consequences économiques de l'immigration en Europe en période de crise», *Revue de l'Union européenne*, n.º 547, abril, 2011, p. 221.

(3) AWAD, I., «Migraciones laborales internacionales en tiempos de crisis: 2008-2009», en RAMOS QUINTANA, M. (Coord.), *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2010, p. 25, destacando factores estructurales y subsidiarios que avalan la permanencia de los inmigrantes en los países de destino aun en períodos de crisis económica.

tes para encontrar empleo en período de crisis, en razón de la contracción del número de ofertas de trabajo, aumentan debido a la aparición de mensajes y dogmas identitarios y prácticas de discriminación, o bien, por sus dificultades en el conocimiento de la lengua local (cuando su entrada y permanencia en el país de destino es reciente). Las tasas de desempleo, obviamente, varían mucho de un país a otro dentro de la Unión Europea, pero el Informe de la OCDE de 2009 revela que, como regla general, la destrucción de 100 puestos de trabajo se traduce en 10 inmigrantes menos en la economía, ya sea por una disminución de entradas o por un aumento de los retornos.

Las políticas de retorno no han producido resultados espectaculares, porque la decisión del retorno supone una interacción compleja de factores y condiciones[(4)]: económicos, derivados del contexto social (existencia o no de redes sociales, que depende, igualmente, de lo reciente o no de la llegada al país de destino) y político, tanto del país de destino como de origen. Con el retorno, asimismo, se exponen a perder ciertas prestaciones que los sistemas de Seguridad Social podrían reconocerles; iniciar otro proyecto migratorio con dirección a otro país puede resultar también arriesgado, dado el carácter global de la crisis; el coste del viaje y las dificultades de regreso al país de destino en caso de mejora de la economía, en suma, hacen difícil que los trabajadores migrantes retornen a su país de origen.

Los migrantes son, asimismo, consumidores y para satisfacer su demanda de bienes o servicios necesitan disponer de un empleo: participan en el crecimiento de la demanda de bienes y, por consiguiente, en la de trabajo, contribuyendo a mantener la demanda final. Suponen una variable de ajuste ya que esta mano de obra es más vulnerable y adaptable a exigencias empresariales en relación con las condiciones de trabajo y los salarios. Las empresas tienden a recurrir a contratos temporales, de sustitución, de corta duración, etc., y los trabajadores migrantes están dispuestos a aceptar estas ofertas de trabajo, con lo cual se adaptan y responden bien a la flexibilización originada en el sistema productivo en períodos de crisis. Por lo general, responden mejor que los nativos a los cambios que la crisis impone llevar a cabo (movilidad geográfica o sectorial en el mercado de trabajo), contribuyen a reabsorber ciertos desequilibrios y desajustes en el mercado de trabajo. Podrán contribuir, igualmente, a la recuperación en la medida en que son más flexibles y reactivos, con una gran capacidad de adaptación a nuevas circunstancias[(5)].

II. EL IMPULSO DE UN MODELO DE MIGRACIÓN VINCULADO A LAS NECESIDADES DEL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA

Desde finales de los años 90 y hasta el momento del estallido de la crisis, España había desarrollado un modelo de inmigración centrado en las demandas de trabajo que el mercado de trabajo venía reclamando, al igual que había sucedido en el resto de países miembros de la Unión Europea. La demanda obedecía a diferentes circunstancias, pero de forma especial a dos factores concurrentes: a) déficit estructural de mano de obra en determinadas actividades productivas (sanidad, ingeniería, telecomunicaciones, etc.) y b) demanda añadida

(4) FROMENTIN, V., «Les consequences économiques de l'immigration…», *op. cit.*, p. 222.

(5) *Idem*, p. 223.

de mano de obra para trabajos no cualificados, comúnmente denominados como «3D», por sus siglas en inglés (*dangerous, dirty and degrading*). Por consiguiente, la segmentación de la población migrante en el mercado de trabajo había ido ubicando a dichos trabajadores en actividades y sectores productivos específicos de baja cualificación o, por el contrario, les instalaba en actividades de alta cualificación ante la carencia de fuerza de trabajo local suficientemente formada y especializada. Es relevante destacar que en nuestro país durante el período de crecimiento y expansión económica (1996-2007) ha sido común y característica la ocupación de población inmigrante en sectores productivos como construcción, hostelería y servicio doméstico con una baja productividad, inferiores salarios respecto de los trabajadores locales, y elevado grado de precariedad en el empleo (modalidades contractuales) y en las condiciones de trabajo (tiempo de trabajo, seguridad y salud)(6). Ésa ha sido la característica predominante registrada en el empleo de trabajadores inmigrantes, si bien la contratación de trabajadores altamente cualificados existe, igualmente(7).

Sin duda, a finales de los años ochenta se produjo la reordenación del mercado de trabajo, década en la que se asistió a un profundo proceso de crisis económica y reestructuración del tejido empresarial, y a lo largo de los años 90 aparecieron transiciones evidentes en el mercado de trabajo junto con un acelerado proceso de transformación social. En este período se apreciaba un desajuste progresivo entre la fuerza de trabajo autóctona, que elevaba progresivamente sus grados de «aceptabilidad», mientras aumentaba la demanda de mano de obra en ciertas ramas de actividad en las cuales los trabajadores nativos no estaban dispuestos a trabajar, entre otras razones por las condiciones de trabajo ofrecidas, alejadas de aquel nivel de aceptabilidad(8) de condiciones económicas y sociales al que se aspiraba.

La apuesta en España por un modelo migratorio basado en las exigencias y demandas del mercado de trabajo interno se encuentra en la base de las decisiones políticas que se traducen paulatinamente en instrumentos normativos tan relevantes como la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, así como en las modificaciones posteriores que a la misma se le practican, si bien, en el iter del recorrido normativo de la extranjería y la inmigración en España, algunas de las disposiciones de carácter orgánico han manifestado tendencias diferentes hacia modelos más estables e integrados de inmigración (tal es el caso de la originaria Ley Orgánica 4/2000) o más restrictivos (como fue la Ley Orgánica 8/2000), del mismo modo que también esa idea-fuerza de la gestión de la inmigración preside las disposiciones reglamentarias de desarrollo. No obstante, fue el RD 2393/2004, de 30 de diciembre(9), la norma que expresamente así lo señaló en su Exposición de Motivos: «En la arquitectura del sistema migratorio actual, la admisión de nuevos inmigrantes está fundamentalmente ba-

(6) Véase el Informe «La integración laboral de las personas inmigrantes en España. Una aproximación al empleo y condiciones de trabajo», ARAGÓN MEDINA, J., y otros. Informe n.º 20 de la Fundación 1.º de Mayo, junio de 2010, p. 4.

(7) Véase el Informe elaborado por el Consejo Económico y Social titulado *La inmigración y el mercado de trabajo en España,* Colección Informes, CES, mayo de 2004, especialmente, el análisis de datos en pp. 36 a 62.

(8) Sobre estos procesos de cambios internos en la composición y segmentación del mercado de trabajo español en este período, *vid.* CACHÓN RODRÍGUEZ, L., *La España inmigrante: marco discriminatorio, mercado de trabajo y políticas de* integración, Barcelona, Ed. Anthropos, 2009.

(9) Por el que se aprobaba el penúltimo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 7 de enero de 2005).

sada en la necesidad de cobertura de puestos de trabajo». La gestión de flujos migratorios con fines laborales sufrió un importante revés cuando España hubo de enfrentarse a una crisis humanitaria derivada de la entrada masiva de cayucos, fundamentalmente a través de las Islas Canarias, crisis que alcanzó cifras preocupantes en el verano de 2006. Sin duda, las migraciones laborales internacionales constituyen, cualquiera que sean sus perfiles, una de las cuestiones globales más importantes que afectan a la mayoría de las naciones en el mundo, como ha señalado recientemente un documento emanado de la OIT(10).

La migración dirigida a España en los últimos años ha tenido una finalidad, fundamentalmente, laboral y económica(11), y su integración en el mercado de trabajo ha contribuido al modelo de crecimiento económico de nuestro país, siendo los sectores productivos de la construcción y del turismo los que con mayor fuerza han absorbido mano de obra inmigrante. No ha de olvidarse, sin embargo, la existencia de otros factores coadyuvantes, entre los que cabe destacar los de tipo demográfico que, igualmente, han estado en la base de la atracción de flujos migratorios. No obstante, la aparición y extensión de la crisis económica, así como el crecimiento de los niveles de desempleo, han hecho aumentar la alerta acerca de los desequilibrios que pueden surgir respecto de la población migrante, tanto en términos de integración social como del papel que se le ha venido asignando a la población inmigrante(12), incluso en el plano de los supuestos beneficios demográficos que para España ha venido representando.

La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE del 12) ha venido a completar el marco de reformas efectuadas sobre la originaria Ley Orgánica 4/2000(13), sobre la base de tres «motivos»: uno, la necesidad de incorporar al texto legal la jurisprudencia constitucional sentada tras la resolución de ocho recursos de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 8/2000(14); dos, la necesidad de trasponer al ordenamiento jurídico español una serie de Directivas comunitarias —hasta nueve— que habían sido aprobadas en el seno de la Comunidad Europea entre los años 2003 y 2009 en desarrollo de la política común en materia de inmigración y asilo(15); tres, la adaptación legal orgánica a los cambios produ-

---

(10) *International labour migration. A rights – based approach.* ILO. Ginebra, 2010, p. V.

(11) ROJO TORRECILLA, E., y CAMÓS VICTORIA, I., «La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración», Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, 2005, n.º 8, pp. 98 y ss. RAMOS QUINTANA, M.I., «Una política de inmigración para un modelo de inmigración: la integración a través del empleo», en AAVV., Comentarios al Reglamento de Extranjería [RAMOS QUINTANA, M. (dir.), Valladolid, Ed. Lex Nova, 2007, pp. 22-24].

(12) De las que se da cuenta en los dos conocidos Informes de PAJARES, M., *Inmigración y mercado de trabajo*, Informes 2008 y 2009. Madrid. Observatorio Permanente de la Inmigración y Ministerio de Trabajo e Inmigración.

(13) Ley que desde hace once años viene estableciendo el marco jurídico de la inmigración y extranjería en nuestro país y que ha contado con un amplio proceso de reformas parciales. Con anterioridad, y dentro del período postconstitucional, se había dictado la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE del 3), cuya vigencia se extendió hasta el 1 de febrero de 2000.

(14) Resueltos a través de las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, 259/2007, de 19 de diciembre y 260 a 265/2007, de 20 de diciembre. Algunos de los preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 fueron declarados nulos y, en ciertos casos, se declaró de los mismos su inconstitucionalidad sin nulidad, conminando al legislador a llevar a cabo una operación de reforma legislativa que adaptara el texto legal a las observaciones y exigencias formuladas por el Tribunal Constitucional.

(15) Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (DOUE 6-12-2003); Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25

cidos en los procesos migratorios como consecuencia de la crisis, entre otros los relativos a canalización de flujos para adaptarlos a la nueva realidad del mercado de trabajo español donde aumenta la demanda de trabajo, por efecto de la pérdida y destrucción continua de empleo[16]. Se trata, pues, de una reforma encaminada a la adaptación del ordenamiento relativo a la inmigración y extranjería con el fin de adecuarlo a las nuevas circunstancias sobrevenidas tras la crisis, integrando las Directivas europeas que habían venido dando forma en los años anteriores a la política de inmigración de la UE.

La Ley Orgánica 2/2009 señala modificaciones de especial relevancia en el tratamiento del trabajo susceptible de ser realizado por extranjeros en España: la adecuación del reconocimiento de derechos de los extranjeros a la Constitución y a las exigencias impuestas por la jurisprudencia constitucional[17], el sistema de autorizaciones, nuevas infracciones y sanciones, de forma muy relevante, en el ámbito del trabajo prestado en situación irregular —por transposición de la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular[18]—, al tiempo que potencia la migración circular, especialmente la de temporada y, por último, introduce medidas sancionadoras sobre la inmigración irregular —en transposición de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal[19]—.

El conjunto de modificaciones introducidas en la Ley afectaron a todos y cada uno de sus Títulos, sufriendo alteraciones en los contenidos relativos a 50 de los 71 artículos que la componen, al tiempo que incorpora nuevos preceptos al texto íntegro de la misma, lo que le ha merecido ser considerada como «la más importante reforma de las realizadas tras

---

de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE 23-1-2004); Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes (DOUE 6-8-2004); Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (DOUE 6-8-2004); Directiva 2004/114/CE, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DOUE 23-12-2004); Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DOUE 3-11-2005); Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE 24-12-2008); Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DOUE 18-6-2009); Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE 30-6-2009).

(16) *Vid.* RAMOS QUINTANA, M.I., «Migraciones laborales: las paredes maestras de la "Reforma 2009" de la Ley de Extranjería en España», *Tribunal Social*, n.º 240, diciembre, 2010, p. 67 y ss.

(17) Un análisis exhaustivo de los derechos constitucional y legalmente reconocidos a las personas inmigrantes puede seguirse en la obra colectiva coordinada por AJA, E., *Los derechos de los inmigrantes en España*, Institut de Dret Public/Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

(18) DOUE 30-6-2009.

(19) DOUE 24-12-2008.

la aprobación de la vigente Ley de Extranjería en el año 2000»[20]. La Disposición final 3.ª de la misma fijó un plazo de seis meses tras su entrada en vigor para el futuro desarrollo reglamentario, plazo ampliamente incumplido y que se abriría el 8 de febrero de 2001, fecha en la cual la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración presentó el borrador del nuevo Reglamento de Extranjería.

III. LAS POLÍTICAS DE RETORNO VOLUNTARIO COMO PRIMERA REACCIÓN ANTE LA CRISIS

El RD-Ley 4/2008, de 19 de septiembre (BOE del 20), había expresado la voluntad de nuestro país de adelantarse, como luego se ha verificado que se repite en otros países del contexto europeo, para ofrecer como primera respuesta a la crisis y sus efectos sobre los trabajadores migrantes un sistema de retorno voluntario para aquellos que, aun disponiendo de autorización de residencia y trabajo, estuvieran dispuestos a renunciar a las mismas regresando a su país en un período no superior a 30 días, comprometiéndose a no entrar en España por un período de, al menos, tres años. Se trata de trabajadores con derecho a cobrar prestaciones por desempleo del nivel contributivo a los que se ofrece un abono acumulado y anticipado de parte del total de la prestación devengada y con cuyo país debe mediar Convenio de Seguridad Social, a fin de abonar en el país de origen el porcentaje restante de la prestación adeudada (art. Único, Uno, Dos y Cuatro), si bien el Ministro de Trabajo puede extender la modalidad de abono anticipado y acumulado a países con los que no exista Convenio, pero sí cuenten con mecanismos de protección social que garanticen una cobertura adecuada (Dos, apdo. segundo). La cantidad a percibir será equivalente a la cuantía que pueda corresponderle en función del número de días de prestación reconocidos en la fecha de nacimiento del derecho o en la fecha que le reste por percibir hasta su agotamiento (para incorporar a quienes ya se encontraban percibiendo la prestación contributiva), desde la fecha de reanudación de la prestación o desde la fecha de solicitud de esta modalidad de abono (art. Único.Cinco).

La medida se instaura con una triple finalidad, como es la de favorecer «la reinserción laboral y profesional en sus países de origen», así como fortalecer «el desarrollo de estos países con el retorno de los trabajadores con una cualificación y experiencia laboral y enriquecida y formativa», lo que permitirá «reforzar la relación de nuestro país con los países de origen» (Exposición de Motivos del RD-Ley 4/2008). El Servicio Público de Empleo Estatal podrá abonar a aquéllos, anticipadamente, y de forma acumulada, en dos veces, el importe de la prestación.

La cuantía de la prestación por desempleo se robustece en estos casos al no proceder descuento por cotización del trabajador (art. Único.Seis), dado que el pago es anticipado y el período de prestación, por consiguiente, no lleva aparejado el deber de cotización,

(20) AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, A., «El nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 26, 1.er cuatrimestre de 2001, pp. 79 y ss.; la cita textual en p. 79.

como ocurriría en caso de permanecer en España [art. 206.1.1.b) Ley General de Seguridad Social][21].

El incentivo al retorno voluntario fue objeto de desarrollo posterior mediante RD 1800/2008, de 3 de noviembre, sobre abono acumulado de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores no comunitarios[22] que retornen a sus países de origen (BOE del 11). Esta disposición reglamentaria estableció tres deberes específicos para poder acogerse al plan de retorno voluntario: a) renuncia del trabajador migrante a sus autorizaciones en vigor para residir y trabajar en España; b) percepción fraccionada de la prestación por desempleo en un porcentaje del 40% en España y el 60% restante en el país de origen, cerrando el paso así a cualquier percepción posterior de subsidio por desempleo del nivel asistencial; c) retorno en un plazo de treinta días naturales desde la percepción de la primera porción de la cuantía de la prestación [art. 3.1, a) RD 1800/2008].

En la actualidad, se organizan programas específicos diseñados para articular otras estrategias de retorno voluntario, como el destinado a quienes manifiesten el deseo de retornar a su país de origen y se encuentren en situación de vulnerabilidad, precariedad económica o en riesgo de exclusión social; la Dirección General de Integración de los Inmigrantes cofinancia el mismo junto con el Fondo Europeo para el Retorno. Es gestionado por organizaciones no gubernamentales y por organizaciones internacionales (básicamente, la Organización Internacional de Migraciones)[23].

Como último estadio del recorrido de las políticas de retorno voluntario, es preciso destacar el giro importante que consolida el nuevo Reglamento de extranjería en este ámbito, permitiendo «recuperar» los tiempos de residencia legal anteriores a la salida previa a aquél, al producirse de nuevo el regreso a España, una vez transcurridos los tres años indispensables de alejamiento de nuestro país. El RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (BOE del 30), introduce un nuevo régimen en el tratamiento jurídico de los supuestos de retorno voluntario.

Se trata de una fórmula «de compensación» verdaderamente positiva, que trata de combinar el carácter «liberatorio» de la decisión del país de acogida con respecto a los trabajadores inmigrantes que retornan voluntariamente a sus países mediante políticas de incentivación a tal objeto, con una reacción de reconocimiento de estancias anteriores, mediante el cómputo de las mismas a efectos de las pertinentes autorizaciones administrativas, lo que permite dotar a sus destinatarios de mayores facilidades para su integración económica y social posterior (arts. 120 a 122), como más adelante se verá.

El Cap. X del Reglamento establece las condiciones de autorización de residencia temporal de los extranjeros que han retornado a sus países de origen y regresan con posteriori-

---

(21) RD-Ley 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (BOE del 29).

(22) Las medidas de retorno voluntario no son aplicables a nacionales de países que formen parte de la Unión Europea y del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza (art. Único.Tres RD-Ley 4/2008).

(23) Véase el Programa y las convocatorias de ayudas en la página oficial del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

dad a España. Quienes: a) se acojan a un procedimiento de retorno voluntario impulsado, financiado o reconocido por la Administración General del Estado, o b) retornen a su país al margen de programa alguno, podrán beneficiarse de algunas circunstancias específicas en el momento de regreso a España tras superar el lapso temporal de los tres años y soliciten autorización para residir (art. 120.1), en cuyo caso se les exigirá renuncia expresa a las autorizaciones que tuvieran en vigor en el momento de iniciar el retorno voluntario (art. 121.4). Estos supuestos se presentan acompañados de un conjunto de medidas y mecanismos que tratan de contrarrestar el efecto supuestamente negativo del retorno voluntario (por los costes de diferente índole que representa), dotando a sus destinatarios de un régimen de tratamiento específico y preferente.

Finalizado el compromiso de no regreso, podrán solicitar o solicitarse en su favor una residencia temporal o de residencia temporal y trabajo, en cuyo caso se tendrán en consideración las siguientes circunstancias: primera, si se escogió procedimiento de retorno financiado o reconocido por la Administración no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo para otorgar la autorización solicitada (art. 122.1); segunda, en la gestión colectiva de trabajadores en origen se podrán presentar ofertas nominativas a favor de los extranjeros que hubieran optado por la modalidad a) o b) contempladas en el art. 120.1 para efectuar el retorno a su país (art. 120.2); tercera, podrán ser preseleccionados en los procedimientos desarrollados en su país de origen a los que concurran, reuniendo los requisitos de capacitación y cualificación (art. 120.2, pfo. segundo); cuarta, estas autorizaciones de residencia o de residencia y trabajo serán objeto de «tramitación preferente» (art. 122.3).

La medida más importante en relación con los retornados voluntariamente que regresan con posterioridad a España aparece contenida en el art. 122.4 del Reglamento, al establecer que «la residencia temporal del extranjero se entenderá continuada, a los efectos de acceso a la situación de residencia de larga duración», quedando excluido a tales efectos el cómputo del tiempo relativo al «transcurrido desde el retorno voluntario… hasta la concesión de la nueva autorización», lo que permite, como con anterioridad se ha indicado, dar continuidad a los tiempos de residencia legal en España a fin de alcanzar el estatuto de residente de larga duración que, como se sabe, exige residencia legal por un período continuado de, al menos, cinco años (t. VI del Reglamento, arts. 147 a 161).

De algún modo, se trata de atender esta migración de ida y vuelta mediante unos instrumentos adecuados que permiten combinar la propia fórmula de la migración circular con técnicas conducentes a facilitar su mejor integración socioeconómica, por lo que merecen una valoración muy positiva.

IV. LA CONSOLIDACIÓN DEL MODELO DE MIGRACIÓN EN TIEMPOS DE CRISIS: INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES QUE SE ENCUENTRAN EN ESPAÑA, MIGRACIÓN CIRCULAR, MIGRACIÓN ESPECIALIZADA Y ALTAMENTE CUALIFICADA

El RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (BOE del 30) constituye la pieza normativa

básica que, junto con la Ley que desarrolla, articula la ordenación de los movimientos de entrada, permanencia y salida de inmigrantes en España y su régimen sancionador.

Como primer aspecto a destacar, es necesario poner de manifiesto que se trata de un reglamento ejecutivo dictado en pleno proceso de crisis y recesión económica en España. En un momento de tales características hubiera sido fácil caer en una línea de actuación basada unilateralmente en la represión de flujos, control de entradas y de incorporación de medidas tendentes a propiciar retornos, salidas y medidas sancionadoras de carácter muy grave ante situaciones de irregularidad. La política migratoria de la Unión Europea avalaría estrategias jurídico-políticas de semejante calibre en su lucha frontal contra todo tipo de inmigración ilegal, a lo que debe añadirse que en períodos de crisis económica los discursos proteccionistas y de rechazo a la inmigración calan fácilmente en decisiones políticas que pretenden aplicarse de forma inmediata, como medidas inevitables para proteger el empleo de los nacionales (y nacionales de los Estados miembros de la UE).

El carácter negociado del nuevo Reglamento y el largo proceso de diálogo entablado para la consecución de un texto final dotado de un elevado grado de consenso económico y social[24], quizá se encuentre en la base de una nueva disposición reglamentaria que trata de ordenar y de ofrecer instrumentos para la gestión de la inmigración desde una perspectiva que pretende agotar un largo plazo que pudiera ir más allá de la crisis. Se trata de una norma reglamentaria pensada para tiempos de crisis, pero también válida para un momento ulterior cuando la salida de la crisis permita reforzar el mercado de trabajo español con fuerza de trabajo inmigrada. Algunas de las propuestas de innovación o adaptación normativa formuladas en el proceso de negociación y diálogo han pasado a integrar diversos pasajes del texto del nuevo Reglamento de extranjería[25], lo que permite augurar un elevado grado de eficacia en las líneas de actuación escogidas, así como en la aplicación de los instrumentos establecidos para la gestión de las migraciones en nuestro país.

El modelo por el que se apuesta viene definido en la propia Exposición de Motivos del RD 557/2011, «un modelo basado en la regularidad y vinculado al mercado de trabajo» (VII), por lo que dos de las funciones más relevantes del nuevo instrumento reglamentario consisten en «la ordenación de los flujos migratorios laborales y la promoción de la cultura de la regularidad» (VIII). El Reglamento trata de optimizar los principios de la política migratoria, que por vez primera fueron explicitados en la Ley Orgánica 2/2009 (art. 2 bis.2

(24) El texto del Reglamento recibió informes de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, de las Comunidades Autónomas y la Conferencia Sectorial de Inmigración, del Consejo General de la Abogacía Española, el CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad), así como de la Comisión Laboral Tripartita, la Comisión Interministerial de Extranjería, el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes y la Comisión Nacional de la Administración Local. A Todo ello se unió el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado. El anterior y ya derogado Reglamento de extranjería (RD 2393/2004, de 30 de diciembre, BOE del 7 de enero de 2005) se benefició, igualmente, de un dilatado proceso negociado en el cual los interlocutores sociales jugaron un papel relevante, si bien el momento resultaba completamente diferente, en el cual el mercado de trabajo español demandaba canales más fluidos de captación y agilización de contratación de mano de obra inmigrante, particularmente, por el boom del sector de la construcción y actividades económicas complementarias.

(25) De CEOE-CEPYME, del Gobierno de Canarias, de CERMI, del Foro Social de los Inmigrantes, del Consejo General de la Abogacía Española, del propio Ministerio de Trabajo e Inmigración y de los Ministerios de Educación, Justicia e Interior.

de la vigente Ley Orgánica 4/2000), y entre los que se encuentran: a) la ordenación de flujos migratorios laborales de acuerdo con la situación nacional de empleo, b) la integración social de las personas inmigrantes, c) la lucha contra la inmigración irregular, d) las relaciones con terceros países en materia de inmigración (III)[(26)].

Para hacer efectivos dichos principios, la norma reglamentaria ha debido acometer varios objetivos, entre los que cabe mencionar: a) la clarificación, simplificación y ordenación de los procedimientos (de obtención de autorizaciones y procedimientos sancionadores) para dotarlos de mayor agilidad y seguridad jurídicas, proporcionando rigor, transparencia y objetividad a los mismos, quedando afectadas por ellos todas las situaciones en que pueden encontrarse los extranjeros en España; b) el fortalecimiento de la integración y de la cohesión social, especialmente sobre el criterio de la igualdad de derechos y deberes, pero respetando el contexto de la diversidad (lo que apunta hacia una orientación de la política migratoria basada en los presupuestos de la interculturalidad); d) el retorno voluntario como medida preferente a los retornos forzosos (expulsiones) que contemplan algunas disposiciones comunitarias; e) la atracción de investigadores y personal altamente cualificado, así como la canalización de flujos migratorios hacia actividades en las que concurren razones de interés económico, social o laboral. El Reglamento, en suma, ha debido adaptarse a los nuevos cambios relativos al papel de las diferentes Administraciones en la ordenación de las migraciones laborales, especialmente las Comunidades Autónomas y la Administración local, dando paso con ello a un modelo de gestión menos centralizado y más sensible a los contextos geográficos en que se produce el acceso inicial de los migrantes al mercado de trabajo y donde determinadas políticas migratorias deben materializarse.

1. Cambios normativos y acomodación al período de crisis económica

Sin la menor duda, el «peso» de la crisis y la caída del empleo están presentes en el conjunto de las medidas, instrumentos y mecanismos previstos para la ordenación de flujos migratorios a lo largo del articulado del Reglamento, y de esa idea matriz da cuenta la propia Exposición de Motivos del RD 557/2011. Si la evolución del fenómeno migratorio ha sido una constante en las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 4/2000, en el momento actual dicha evolución permite asistir a «un descenso del número de solicitudes de entrada por motivos laborales y a un aumento del número de procedimientos instados por personas extranjeras que se encuentran en España y que pretenden renovar o prorrogar sus autorizaciones» (III). Esta verificación de ambos extremos va a constituir la balanza del juego de equilibrios que el Reglamento, dentro de las facultades y posibilidades que la Ley le confiere y otorga, trata de atender[(27)]. Sobre dichos extremos se consolida el «modelo laboral» de migración en España, esto es, de una parte, legislar tomando en consideración la disminución de entradas,

(26) Estos principios, junto con los restantes enumerados en el texto legal, son vinculantes para las Administraciones Públicas y constituyen los ejes de actuación de la política migratoria.

(27) Cifras dadas a conocer por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, Observatorio Permanente de la Inmigración; al finalizar el primer trimestre de 2011 ponen de manifiesto datos significativos al respecto: un 51,82% del total de extranjeros residentes pertenecen a nacionalidades de países no miembros de la UE; se verifica un incremento del 1,83% (47.012 residentes) en variación interanual. Las autorizaciones de larga duración suponen el 64% del total de concedidas a nacionales de países no miembros de la UE, habiendo aumentado el número de las mismas (a 31 de marzo de 2011 hay 1.676.791 autorizaciones de larga duración en vigor. Las temporales suponen el 36%, registrando un ligero aumento con relación a diciembre de 2010).

realidad que es inherente a todas las migraciones laborales internacionales en situaciones de crisis, puesto que aquéllas se desplazan, general y mayoritariamente, a lugares con perspectivas de empleo y progreso económico y social; de otra, tratar de desviar hacia la población inmigrante que reside en España las ofertas de trabajo que el mercado continúa registrando, aun en el período de la crisis o, eventualmente, en un tiempo posterior de recuperación; en este último caso, la persistencia de actividad económica unida a la realización de trabajos escasamente cualificados o, por el contrario, de alto grado de especialización y cualificación siguen atrayendo la contratación de trabajadores no nacionales (y no nacionales de la UE, a los que sólo les es de aplicación el Reglamento con carácter supletorio, o a los efectos que pudieran ser de mayor favorabilidad (art. único.2 RD 557/2011).

El Reglamento trata de articular respuestas jurídico-normativas tomando en consideración «el cambio de ciclo migratorio», que viene dado por el contexto de la crisis económica, lo que le obliga a acomodar las previsiones legales a tales circunstancias[28]. Con no ser ésa su única finalidad y expectativa, lo cierto es que la figura de la migración circular, de ida y vuelta, especialmente en contratos de duración determinada (actividades estacionales y de temporada) constituye la modalidad fundamentalmente pensada para los trabajadores que no se encuentran en España en el momento de la solicitud de la oferta de trabajo, al margen de que continúe funcionando el hasta ahora denominado contingente, que pasa a denominarse «gestión colectiva de contrataciones en origen» (t. VIII, arts. 167 a 177).

2. Autorizaciones de residencia y trabajo: modalidades en vigor tras algunas innovaciones y modificaciones significativas

En conjunto, el panorama de autorizaciones para trabajadores migrantes y quienes vayan a realizar cierto tipo de actividades en España queda acomodado al siguiente esquema procedimental[29]:

1. *Realización de estudios y actividades conexas*: esta situación comprende la realización propia de estudios (con exigencia de visado, excepto para quienes hayan sido

(28) AGUELO NAVARRO, P., y CHUECA SANCHO, A., «El nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería», *op. cit.*, p. 82.

(29) Téngase en cuenta que el 24 de marzo de 2011 el Parlamento Europeo aprobó la Directiva de Permiso Único para los inmigrantes legales en el territorio de la UE, ya que, tras el Tratado de Lisboa, el Consejo y el Parlamento legislan conjuntamente en materia de inmigración legal. Véase el texto inicial de la Directiva por la que se establece un procedimiento único de residencia y trabajo para los nacionales de terceros países, que tiene por objeto atender a la necesidad de agilizar los mecanismos burocráticos que limitan la circulación de trabajadores de terceros países y la necesidad de abrir la puerta a nuevas vías de inmigración legal, en COM (2007) 638 final. Finalmente, la votación en el Parlamento concluyó con la incorporación de una serie de enmiendas tras un tortuoso proceso de tramitación, con rechazo expreso previo de la propuesta de Directiva en la votación producida en la sesión de 15 de diciembre de 2010. Las discrepancias surgidas entre el Parlamento y el Consejo con posterioridad a marzo de 2011 han llevado a una nueva ronda de negociaciones para mejorar los contenidos relativos al estatuto jurídico de los trabajadores inmigrantes, por lo que la Eurocámara volverá a pronunciarse en el próximo mes de septiembre de 2011 sobre la Directiva-marco, como se le conoce, por establecer un catálogo de derechos sociolaborales para los trabajadores inmigrantes en toda Europa. En los momentos en que se revisan estas líneas acaba de aprobarse la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

admitidos para la realización o ampliación de estudios en otro Estado miembro de la UE), así como actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de investigadores, participación en programas de movilidad, realización de prácticas no laborales y servicios de voluntariado (art. 37.1), admitiendo prórroga (de hasta 90 días posteriores a la caducidad del plazo de autorización de estancia por estudios) y susceptible de combinarse con actividades por cuenta propia compatibles con la realización de aquéllas para la que fue concedida la principal (arts. 37 a 44).

2. *Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena*: se condiciona a la obtención de visado, entrada en España (dentro de los tres primeros meses de vigencia del visado) y ser dado de alta en la Seguridad Social (dentro de los tres meses siguientes a la entrada en España). Como consecuencia de la nueva intervención de las Comunidades Autónomas que tengan reconocidas competencias en esta materia (art. 68.2 Ley Orgánica 4/2000), en el régimen de autorizaciones de trabajo se modifica el ámbito geográfico de las autorizaciones iniciales de trabajo y las posibilidades de movilidad que las mismas permiten. Debe presentarse contrato de trabajo firmado por el trabajador y por el empresario, garantizando continuidad de la actividad durante la vigencia de la autorización. En contratos a tiempo parcial la retribución será igual o superior al salario mínimo interprofesional a jornada completa en cómputo anual.

La situación nacional de empleo se determina por Comunidades Autónomas (ya no por provincias, si bien en las insulares el catálogo puede establecerse por islas o agrupaciones insulares), al tiempo que el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura admite nuevas pautas. La imposibilidad de prestación efectiva con el empleador solicitante (incluyendo supuestos de muerte o desaparición del mismo) puede admitir contratación con otro y respectivo alta en Seguridad Social. Se valorará el esfuerzo de integración acreditado mediante informe de la Comunidad Autónoma del lugar de residencia, informe a valorar en caso de que no se cumplan todos los requisitos previstos para la renovación de la autorización (arts. 62 a 72 del Reglamento).

3. *Residencia temporal y trabajo para investigación*: se introduce un procedimiento específico para facilitar la movilidad de los investigadores, si bien la duración de la autorización se ha limitado a una duración máxima de cinco años (lo que representa una autorización única para poder acceder con posterioridad a la residencia de larga duración), pero también mínima de tres meses, lo que resulta un tanto inexplicable e injustificado. Requiere convenio de acogida entre la institución en la que se realiza el proyecto de investigación y el solicitante, suprimiéndose la exigencia de homologación; el procedimiento de reagrupación familiar se agiliza respecto de otro tipo de autorizaciones (arts. 73 a 84).

4. *Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE*: situación relativa a trabajadores extranjeros autorizados a desempeñar una actividad laboral para la que se requiera contar con cualificación de enseñanza superior o, excepcionalmente, acredite un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable a dicha cualificación, relacionada con la actividad para la cual se solicite la autorización. La agilidad de los procedimientos se contempla tanto para la reagrupación familiar del solicitante como para su movilidad en el resto del territorio UE y no requiere trámite de homologación de titulación profesional. Este tipo de autorización se

expide por un año, renovable dos veces más hasta cinco, con fácil acceso a la condición de residente de larga duración, sin que en ningún caso se exija atender la situación nacional de empleo, lo que equivale a decir que constituye un «régimen preferente»[30] (arts. 85 a 96).

5. *Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada*: la migración circular que se produce con la atracción de mano de obra de temporada condiciona la duración de la autorización: no superior a 9 meses contabilizados dentro de un período de referencia de 12 meses consecutivos; si se trata de trabajos de carácter temporal —aunque no de campaña o temporada— la duración de la autorización coincide con la del contrato de trabajo (cualquiera que sea la modalidad contractual elegida), con el límite de doce meses.

Este tipo de autorizaciones admiten prórroga bajo un régimen específico: a) en actividades de campaña, máximo hasta 9 meses si el período de contratación inicial fue inferior a dicha duración; b) en el resto de contrataciones temporales, máximo hasta doce meses si la contratación inicial fue inferior a dicha duración y el empleador acredita la continuidad de la misma obra, servicio o actividad; en este mismo supuesto, el Reglamento admite excepcionalmente prórroga superior a doce meses cuando el empleador acredite circunstancias sobrevenidas que determinan la continuidad de la relación laboral, siempre que tal excepción no sea contraria a la normativa laboral de aplicación (lo que no quiere decir que la modalidad del contrato deba admitir la figura de la prórroga, sino que la duración del contrato temporal, por su naturaleza, admitiría una duración superior a un año, lo que justifica la prórroga de la autorización para trabajar). Si el contrato temporal no figura por escrito, como puede suceder específicamente en la modalidad contractual por circunstancias de la producción en determinados supuestos [art. 15.1.b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores], al menos deben respetarse los deberes de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato (art. 8.5 del mismo cuerpo legal) y una previsión del salario neto (arts. 97 a 102).

6. *Residencia temporal y trabajo por cuenta propia*: exige disponer de cualificación profesional o experiencia acreditada en el ejercicio de la actividad profesional y, en su caso, colegiación profesional. La exigencia de recursos económicos varía si los mismos derivan o no de la actividad profesional que se pretende realizar y se encuentran en relación con las solicitudes de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, según el número de personas que el solicitante tenga a su cargo. Tiene limitación sectorial y geográfica inicial —a un ámbito autonómico— y en el momento de su renovación puede valorarse el informe de integración al faltar algunos de los requisitos exigibles (arts. 103 a 109).

7. *Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios*: En las prestaciones transnacionales se ha procedido a revisar los requisitos para la concesión de la autorización (art. 111). Esta modalidad contempla la situación del trabajador extranjero que se desplaza a un centro de trabajo en España y depende, mediante relación laboral, de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo, régimen que es aplicable en los mismos casos si

(30) AGUELO NAVARRO, P., y CHUECA SANCHO, A., «El nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería», *op. cit.,* p. 98.

el trabajador se desplaza para trabajar en un centro perteneciente a otra empresa que forme parte del mismo grupo y aun tratándose de trabajadores altamente cualificados desplazados para la supervisión o asesoramiento de obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior. La autorización se limita a una ocupación y ámbito territorial concretos y su duración coincidirá con el tiempo de desplazamiento del trabajador con el límite de un año, teniéndose en cuenta la situación nacional de empleo. En cuanto a la validez de las autorizaciones, como regla específica, en caso de que por aplicación de un instrumento internacional de Seguridad Social aplicable al trabajador continúe sujeto a la legislación de su país de origen sobre la materia, la eficacia de la autorización se producirá en el momento de la entrada legal del trabajador a España durante la vigencia del visado, de modo que no habrá que esperar al alta en la Seguridad Social, como en otros supuestos (arts. 110 a 116)[31].

8. *Residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público*: El *arraigo laboral* requiere la permanencia continuada en territorio español por un período de, al menos, dos años y existencia de relaciones laborales de duración no inferior a seis meses. Para acreditar la relación laboral se ha de aportar sentencia que la reconozca o resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (lo que obliga al trabajador, como es sabido, a denunciar a la empresa o a que haya habido actuación inspectora). En el *arraigo social* sólo aparecen algunas modulaciones respecto al régimen hasta ahora existente: hay posibilidad de presentar trabajos a tiempo parcial realizados sucesivamente, siempre que la duración total sea como mínimo de un año en jornada no inferior a 30 horas en cómputo global. Las Comunidades Autónomas desempeñan un papel relevante en estos supuestos con su Informe de arraigo social (aunque pueden intervenir las Administraciones locales), en el cual destaca el tiempo de permanencia del solicitante en el domicilio habitual, el empadronamiento, los medios económicos, vínculos familiares con residentes en España y los esfuerzos de integración mediante el seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales. El órgano que emite el informe puede recomendar la innecesariedad de contar con contrato de trabajo si el solicitante dispone de medios económicos suficientes. En el *arraigo familiar* se incluye a los progenitores extranjeros de hijos españoles, cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a su cargo al menor y conviva con éste o se encuentre al corriente de sus obligaciones paternofiliales. En cuanto a las *razones humanitarias*, a los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los arts. 311 a 315 y 511.1 y 512 del Código Penal, cuando haya concurrido

(31) El 1 de mayo de 2011 ha entrado en vigor el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, como mecanismo internacional que promueve una coordinación normativa en materia de protección social y que respeta los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social, facilitando la movilidad de trabajadores bajo el principio de igualdad de trato con los nacionales, conservación de derechos adquiridos o en curso de adquisición para los trabajadores migrantes y sus familias. El Convenio y su Acuerdo de Aplicación han sido ratificados por varios países: Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Ecuador, España. Paraguay, Portugal, Venezuela y Uruguay. Está anunciada la firma inminente de varios países más. El Convenio constituye una afortunada expresión acerca de cómo abordar con instrumentos internacionales las exigencias impuestas por la economía global y las migraciones laborales internacionales. Véase el texto publicado en *El País* de 6 de junio de 2011, titulado «Una conquista del derecho del protección social», por Adolfo Jiménez, Secretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

la circunstancia agravante de comisión de aquéllos por motivos racistas, antisemitas o de otro tipo de discriminación, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, cuando haya recaído resolución judicial por la que finalice el procedimiento judicial en que se establezca la condición de víctima de tales delitos, se otorgará la autorización de residencia. Es posible la prórroga en estos tipos de autorizaciones de residencia temporal y trabajo (arts. 123 a 130).

9. *Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de mujeres víctimas de violencia de género*: La incoación de la denuncia de malos tratos por las mujeres inmigrantes producirá determinados efectos sobre la eventual incoación del expediente sancionador en situaciones de irregularidad: a) de no existir expediente sancionador antes de la interposición de la multa, éste no se iniciará y su incoación se pospondrá hasta el momento en que el proceso penal haya finalizado; b) si el expediente se hubiera iniciado con anterioridad a la denuncia, quedará suspendida su tramitación hasta el mismo momento de anterior referencia. La protección que se concede lo es tanto a la mujer víctima de violencia de género como a sus hijos menores de edad o con discapacidad «y no sean objetivamente capaces de proveer a sus necesidades» (art. 133.1)[32], a los que se facilitará autorizaciones de residencia y trabajo sin tener en cuenta la situación nacional de empleo. Para que la autorización provisional por circunstancias excepcionales pueda otorgarse es preciso que exista orden de protección a favor de la mujer extranjera o un informe del Ministerio Fiscal que aprecie la existencia de indicios de violencia de género.

A la finalización del proceso penal la verificación o no de la existencia de violencia de género surte efectos sobre las autorizaciones provisionales. La sentencia condenatoria o resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género produce tres efectos diferenciados: a) autorización definitiva de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales con una duración de cinco años tanto para la madre como para los hijos, con los requisitos señalados; b) si no se hubiera solicitado la provisional el Ministerio Fiscal informará a la mujer de la posibilidad que le asiste y el plazo de que dispone (seis meses desde la fecha en que le ha sido notificada la sentencia); c) archivo del procedimiento sancionador que hubiera podido iniciarse o que se encontrara en fase de suspensión de tramitación. La conclusión del proceso penal sin que recaiga sentencia condenatoria o resolución judicial desplegará, asimismo, un triple efecto: a) denegación de la autorización provisional que haya podido solicitarse, incluso la de los hijos menores o discapacitados; b) pérdida de eficacia de la autorización provisional si ya hubiera sido concedida y, eventualmente, la de los hijos; y como efecto punitivo añadido, los períodos de autorización provisional de residencia en estos casos no computarían para un acceso a la condición de residente de larga duración; c) inicio o continuación del procedimiento sancionador por estancia irregular en España (cap. II, que se incorpora al t. V del Reglamento, arts. 131 a 134). Como puede apreciarse, el legislador trata de ofrecer una protección reforzada a las mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género, permitiéndoles

(32) Requisito que ha de referirse a los discapacitados, puesto que algunos grados de incapacidad son compatibles con la realización de trabajo, según establecen los arts. 137, 138 y 141 de la Ley General de Seguridad Social. La redacción del precepto legal no es del todo afortunada y debió ajustarse a la terminología y lenguaje de las normas de Seguridad Social.

acceder a una situación de regularidad como primer y más importante efecto tras la denuncia y verificación, pero, al propio tiempo, pretende evitar falsas denuncias castigando con dureza los supuestos en que la violencia no haya podido ser probada o quedar acreditada, devolviéndola y, en su caso, a sus hijos, a una situación de irregularidad con la activación del proceso sancionador de expulsión.

10. *Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales por colaboración contra redes organizadas*: las personas extranjeras que se encuentren en situación irregular pero estén colaborando con una autoridad y sean víctimas, perjudicadas o testigos de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad y colaboren con las autoridades españolas administrativas, policiales, fiscales o judiciales en la persecución de tales delitos pueden beneficiarse de una situación de «exención de responsabilidad» (art. 135.1). Esta circunstancia será declarada por el Delegado o Subdelegado del Gobierno en la provincia en que se hubiera incoado el procedimiento sancionador y podrá conllevar consigo la suspensión temporal del mismo; en caso contrario, el procedimiento continuará o se ejecutarán las medidas de expulsión y devolución que pudieran corresponder. Establecida la exención de responsabilidad, el efecto que se deduce de la misma es la posible obtención de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales (resuelta por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración si la colaboración contra redes organizadas se produce con autoridades administrativas no policiales). Este tipo de autorizaciones cuando son provisionales permiten trabajar por cuenta propia o ajena en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial; al adquirir carácter definitivo tendrán una duración de cinco años. La denegación de la autorización definitiva deviene ineficaz la provisional, sin necesidad de pronunciamiento administrativo expreso; los períodos de autorización provisional de residencia en estos casos no computarían para un acceso a la condición de residente de larga duración (arts. 135 a 139).

11. *Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de trata de seres humanos*: el Reglamento regula detalladamente la identificación de estas víctimas, un período de restablecimiento y reflexión para determinar si el extranjero desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el proceso penal, cuya duración depende de que se encuentre en un Centro de Internamiento de Extranjeros o no. La resolución favorable hará mención expresa a la decisión de suspender temporalmente el procedimiento sancionador que hubiera sido incoado en su contra o procedimiento de expulsión o devolución, pudiendo ser declarada o no la exención de responsabilidad. Esta exención le permite solicitar mediante dos procedimientos diferenciados autorización de residencia y trabajo cuando la motivación de exención radica en la colaboración de la víctima en la investigación del delito o en su situación personal, debiendo intervenir para autorizar o no la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. Al igual que en el supuesto anteriormente analizado, la autorización provisional y la definitiva permiten trabajar por cuenta propia o ajena en cualquier actividad, sector o ámbito territorial. Los efectos de denegación de la autorización definitiva convierten en ineficaz la provisional y no permiten computar ésta para un eventual acceso a la condición de residente de larga duración (arts. 140 a 146).

12. *Residencia de larga duración y larga duración-UE*: la distinción semántica no responde a realidades jurídicas diferenciadas, de modo que lo correcto hubiera sido utilizar en todos los casos la misma terminología, pues el estatuto jurídico al que se accede es único. Situación regulada novedosamente en el Reglamento de extranjería por exigencias de transposición de la Directiva 203/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, con el fin de facilitar la movilidad en el interior del territorio de la Unión. Exige haber residido legalmente y de forma continuada en España al menos durante cinco años. Asimismo, podrán obtener esta autorización los extranjeros que acrediten haber residido durante ese período y de forma continuada en otro Estado miembro de la UE, o como titulares de la tarjeta azul en la UE siempre que en los dos años anteriores a la solicitud la residencia lo fuera en territorio español. Conlleva un procedimiento especial para la reunificación familiar. Los supuestos de retorno voluntario permiten, como más arriba quedó expresado, la recuperación de la residencia registrada en España con anterioridad al mismo y tras el regreso posterior, a fin de adquirir la suficiente para solicitar la de residente de larga duración (arts. 148 a 158).

13. *Gestión colectiva de contrataciones en origen*: Se mantiene la previsión anual de gestión colectiva de contrataciones en origen —con anterioridad denominada «contingente anual»—, pudiendo contemplar un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen, así como para determinadas ocupaciones en un ámbito territorial específico. El Ministerio de Trabajo e Inmigración a través de orden ministerial podrá establecer las cifras y procedimientos, detallándose el procedimiento de obtención de las autorizaciones en el marco de la gestión colectiva, con la particular intervención de las Comunidades Autónomas en el caso de traspaso de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena; asimismo, los criterios, documentos y requisitos para la obtención de los visados de residencia y trabajo, la entrada en España y la eficacia de la autorización inicial (en los tres meses siguientes a la entrada debe producirse la afiliación, alta y cotización en el sistema de Seguridad Social), conforme establecen las normas que figuran en los arts. 167 a 177 del Reglamento.

14. *Autorizaciones de residencia y trabajo de extranjeros en cuya actividad profesional concurran razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación o desarrollo o docentes, que requieran alta cualificación, o de actividades artísticas de especial interés cultural*: para estos supuestos se establece la plantilla de trabajadores, el volumen de inversión, de fondos propios o ajenos, exigibles para que una empresa pueda incluirse en el ámbito de aplicación del Título IX del Reglamento. El promedio de la plantilla durante los tres meses anteriores a la solicitud debe ser superior a 500 trabajadores en España, en régimen de alta en la Seguridad Social; la inversión bruta anual, no inferior a un millón de euros en los tres años inmediatamente anteriores a la solicitud. Las pequeñas y medianas empresas podrán beneficiarse de las previsiones establecidas para estos supuestos cuando acrediten pertenecer a sectores estratégicos. Aparecen regulados detalladamente los procedimientos correspondientes, así como la documentación a aportar y, de igual modo, la posibilidad de tramitar autorización de residencia temporal sin autorización de trabajo para familiares de los trabajadores beneficiarios de este tipo de autorizaciones (arts. 178 a 181).

15. *Trabajadores transfronterizos*: Se modifica el ámbito territorial de validez de la autorización de trabajo por cuenta propia y ajena y se redefine la categoría como la del trabajador que haya sido «autorizado para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente» (art. 182). El ámbito de validez de la autorización se limita a la Comunidad Autónoma en cuya zona limítrofe resida el trabajador (arts. 182 a 184).

El Reglamento, de modo conclusivo, presenta como característica general una simplificación en los procedimientos de obtención de autorizaciones para residir y trabajar en España. La previsible aprobación futura de la Directiva marco europea de permiso único y que establece, al mismo tiempo, un conjunto de derechos de contenidos social y laboral para los trabajadores inmigrantes, obligará a efectuar operaciones de reforma, pero, sin duda, este reciente instrumento normativo trata con orden sistemático y con coherencia interna de dar un mejor tratamiento a la gestión de los flujos migratorios, y en muchos aspectos puede apreciarse en su contenido un tratamiento de mayor favorabilidad de lo que exigen las disposiciones comunitarias.

IV. DE LAS FACILIDADES AL RETORNO VOLUNTARIO DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES EN ESPAÑA: ¿MEDIDAS ANTICRISIS O GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS?

CARMEN GRAU PINEDA

Profesora Contratada Doctora
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN

De las facilidades al retorno voluntario de los trabajadores inmigrantes en españa: ¿medidas anticrisis o gestión de flujos migratorios?

Frente a la actual situación de crisis económica, la reducción directa de las expectativas de crecimiento de los puestos de trabajo que han sido atendidos por los trabajadores inmigrantes ha supuesto la facilitación del retorno voluntario de los mismos a través de la reactivación de los distintos programas articulados a tal fin, si bien su efectividad ha sido y está siendo sumamente reducida. Al análisis crítico de este tipo de programas pretende dedicarse el presente trabajo en un contexto más general, el europeo, en el que las medidas propuestas para coadyuvar en el intento por que las migraciones internaciones funcionen de forma eficaz y adecuada parecen pasar por la vuelta a conceptos como migración circular y retorno. En este sentido, se dice que las fórmulas en las que el inmigrante vuelve a su país o tiene la posibilidad de moverse con cierta facilidad entre este último y el de acogida permitirían no sólo una deseable transferencia de competencias, desde el país de destino donde se trabaja hacia los países de origen, sino que, además, generarían una serie de beneficios a los propios inmigrantes y a sus familiares.

Palabras clave: Migración circular, retorno voluntario, retorno voluntario asistido, programas de retorno, gestión de flujos migratorios laborales, política migratoria.

ABSTRACT

Facilities to the voluntary return of migrant workers in Spain: anti-crise measures or migratory flows management?

In front of the current situation of economic crise, the direct reduction of the expectations of growth of the places of work that have been attended by the immigrant workers has supposed the facilitation of the voluntary return through the distinct programs articulated, although his effectiveness has been and is being so reduced. To the critical analysis of this type of programs pretends to devote the present work, in a general frame, the European, in which the measures proposed for help in the attempt because the international migrations work of effective and suitable form go through the turn to concepts like circular migration and return. In this sense, the formulas in which the immigrant goes back to his country or has the possibility to move with some ease between this last and the one of received would allow no only a desirable transfer of competitions, from the country of destination where works to the countries of origin but, besides, would generate a series of profits to the own immigrant and to his familiars.

Key words: Circular migration, voluntary return, assisted return, programs of voluntary return, management of labour migratory flows, migratory politics.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. SOBRE LOS DISTINTOS PROGRAMAS DE RETORNO VOLUNTARIO ASISTIDO.

1. **Algunas consideraciones previas.**
2. **El Programa humanitario de retorno voluntario asistido.**
3. **El retorno voluntario asistido con reintegración.**
4. **El Programa de retorno para trabajadores extranjeros desempleados con derecho a prestación contributiva por desempleo.**

III. A MODO DE EPÍLOGO.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día es unánime vincular inmigración y mercado de trabajo o, lo que es lo mismo, hablar de la «laboralización de la política de inmigración», esto es, determinar la capacidad de acogida de acuerdo con las necesidades de nuestro mercado de trabajo canalizada a través de la intervención del Estado en el control de dichos flujos migratorios(1). Es lo que se pretendía con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 y lo que, transcurridos dos años, se ha ido consolidando como modelo. Globalización económica e inmigración laboral se presentan en la realidad como un tándem indisoluble, y así se refleja en el conjunto normativo europeo que intenta regular y/o ordenar los flujos migratorios laborales(2). De hecho el uso de expresiones como inmigrantes económicos («economics migrants» o «migrants économiques») pone de manifiesto esa ya inescindible asociación de ideas.

Los datos sobre la inmigración en España desde el año 2000 en adelante evidencian el ingente flujo migratorio recibido(3). En sólo ocho años el salto cuantitativo es de más de cuatro millones de personas inmigradas. Pero es que si a ello se une que la singularidad española pasa por haber tenido una tasa de crecimiento económico notablemente superior a

(1) ROJO TORRECILLA, E., y CAMAS RODAS, F.: «Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas», Temas Laborales, n.º 104/2010, p. 15. En idéntico sentido, vid. MONEREO PÉREZ, J.L., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «Modelos jurídico-políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada», Justicia Laboral, n.º 47, 2011, pp. 30 y ss., y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena», Relaciones Laborales, n.º 15-16, 2009, p. 170.

(2) Véase, entre otros, ROJO TORRECILLA, E. (coord.): *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización*, Lex Nova, 2006; RAMOS QUINTANA, M.I.: «Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 63, 2006, pp. 13-32; y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea», *Relaciones Laborales*, n.º 15-16, 2009, pp. 35-58.

(3) Y ello se utilice la fuente estadística que se utilice porque tanto si se atiende a la estadística de residentes extranjeros como si se recurre a la estadística de empadronado, el salto cuantitativo es de más de cuatro millones de personas inmigradas en un período de ocho años. Según la primera, se ha pasado de algo más de 800.000 residentes a fecha 1 de enero de 2000 a casi 4 millones el 1 de enero de 2008. Según la segunda, se ha pasado de poco menos de 1 millón de extranjeros empadronados a 1 de enero de 2000 a más de 5 millones a 1 de enero de 2008.

la media europea entre 2000-2007 como consecuencia de la combinación de un crecimiento económico alto con el hecho de que éste haya estado basado en sectores que requieren mucha mano de obra, es fácil llegar a la conclusión de que sin la llegada masiva de trabajadores inmigrantes en el septenio 2001-2008 España no habría podido tener el crecimiento económico que ha tenido[4].

Y es que lo excepcional del fenómeno inmigratorio que ha vivido España en la última década es, sin duda, la velocidad con la que se ha producido y las repercusiones socioeconómicas que ha tenido. En un informe de mayo de 2011 de la Fundación IDEAS[5] se analiza la evolución de la población inmigrante en la última década, diferenciando el periodo de auge económico y la crisis, y los impactos económicos que ha generado la inmigración en España en el ámbito laboral y en el crecimiento económico. Algunas de las conclusiones que pueden extraerse del citado trabajo y que apoyan los argumentos precedentes son:

- Hoy el número de extranjeros residentes en España supera los 5,7 millones de personas y representa el 12,2% de la población. Sin embargo, aproximadamente 2,5 millones proceden de países europeos comunitarios y más de 1,2 millones son niños o jubilados (mayores de 64 años). El caso español destaca con claridad en el contexto de la UE-27 por la increíble rapidez con la que se ha convertido en el segundo país con mayor población extranjera en 2010 (solo Alemania acoge más población extranjera[6]).
- La inmigración llegó a España atraída por una oferta laboral nativa insuficiente para cubrir la extraordinaria demanda de empleo generada en el periodo de auge económico (2000-2007). La población inmigrante fue la gran dinamizadora de la generación de empleo en la economía española durante dicho periodo, aportando la mitad de todo el empleo neto generado.
- A partir de mediados de 2008 se inició un periodo de clara desaceleración económica que se saldó con una importante pérdida de empleo y que ha agudizado la situación laboral de los inmigrantes, que soportan tasas de paro cercanas al 30%, y su tasa de empleo se ha reducido cerca de 13 puntos desde 2007, aproximándose a la tasa de empleo nativa.
- El hecho que motivó una masiva llegada de inmigrantes, es decir, la creciente demanda de empleo, desaparecido en la actualidad por el contexto de crisis, ha motivado una estabilización de los flujos inmigratorios netos, pero no una marcada reducción de la población extranjera residente en nuestro país. La estabilización del volumen de extranjeros supone, obviamente, un cambio de tendencia respecto al influjo migratorio vivido en los años de bonanza económica. Sin embargo, las cifras del ajuste del *stock* migratorio (– 17.000 inmigrantes menos a lo largo de

(4) *In extenso* en PAJARES ALONSO, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009*, Observatorio Permanente de la Inmigración, MTIN, 2009, pp. 23 y ss.

(5) <http://www.fundacionideas.es/sites/default/files/pdf/I-La_contribucion_de_la_inmigracion-Ec_0.pdf>.

(6) Las cifras actuales rondan los 7,1 millones de personas en el país germano.

2010) parecen muy modestas si se comparan con la crudeza del escenario macroeconómico y sus efectos sobre el empleo.

- En la actualidad trabajan en España 2,8 millones de inmigrantes, lo que sitúa la contribución de la inmigración al empleo en el 15,1% del empleo total, un importante avance teniendo en cuenta que hace 10 años representaban el 3,2% (500.000 empleos inmigrantes). Además, la aportación de la inmigración al empleo apenas se ha reducido desde el inicio de la crisis debido a la mayor capacidad de ajuste y resistencia a la crisis de la población inmigrante. En el contexto de la UE-27, España se encuentra entre los cinco países con mayor contribución directa de la inmigración al empleo superando ampliamente la media europea, que se situó en el tercer trimestre de 2010 en el 6,8%.

En el contexto actual, no cabe duda alguna de que la crisis ha cambiado algunas pautas que venía mostrando el fenómeno inmigratorio que se ha ido transformando a medida que se hacían sentir sus efectos. La primera respuesta de la inmigración ha sido la fuerte disminución de los nuevos efectivos susceptibles de incorporarse al mercado de trabajo. El crecimiento de la población potencialmente activa inmigrante se ha reducido bruscamente desde el inicio de la crisis hasta hacerse negativo en 2010. El aumento del desempleo y la dificultad de encontrar un trabajo disuaden a una parte de la población de incorporarse al mercado laboral, por el llamado efecto desánimo. Teniendo en cuenta que el principal móvil de la inmigración es la oportunidad de conseguir un empleo, el efecto desánimo puede tener efectos significativos en los flujos de entrada de inmigrantes. La EPA recoge desde 2008 una intensa desaceleración en el crecimiento de la población inmigrante en edad de trabajar, y desde el tercer trimestre de 2009 se constata un descenso neto de la misma. Una segunda respuesta ha sido la reducción de la incorporación efectiva a la oferta de fuerza de trabajo, que se ha producido más lentamente, aunque también de forma drástica.

En este nuevo contexto de crisis, la población inmigrante ha sufrido tanto como la nativa, sobre todo al inicio debido a la fuerte destrucción de empleo en el sector de la construcción, que concentraba en 2007 más del 25% del empleo inmigrante, así como a la mayor extensión de los contratos temporales entre los trabajadores inmigrantes, los cuales no se renovaron durante la fase inicial de la recesión. La contratación temporal, que había servido de cauce para la rápida incorporación del elevado contingente de inmigración a lo largo del periodo de auge económico, en el momento de la crisis se convirtió en el principal canal del ajuste. Sin embargo, en los últimos tres años han presentando menores ritmos de destrucción de empleo que la población nativa debido al menor retroceso de las mujeres inmigrantes empleadas en el sector servicios, así como al mayor dinamismo mostrado por la población inmigrante a la hora de recolocarse en otros sectores de actividad menos expuestos a la crisis, ya que tienen una mayor movilidad, menores salarios, etc. A pesar de ello, la crisis ha agudizado la situación laboral de los inmigrantes, que soportan tasas de paro cercanas al 30%, y su tasa de empleo se ha reducido cerca de 13 puntos desde 2007, aproximándose a la tasa de empleo nativa (CUADRO I). No obstante, el flujo de inmigración procedente del extranjero no ha cesado dado que, según datos del INE, en 2010 465.169 entraron en España, de los que algo más de 285.000 son extracomunitarios.

CUADRO I. EVOLUCIÓN DE LA POBLACIÓN OCUPADA, PARADA Y ACTIVA EN EL PERIODO 2007-2010[7]

	NATIVOS	INMIGRANTES	TOTAL
POBLACIÓN OCUPADA			
Volumen en 2010	15.660.550	2.795.975	**18.456.525**
Variación media anual 2007-2010 (%)	–3,43	–1,98	**–3,21**
Tasa de empleo en 2010 (%)	47,04	53,91	**47,97**
Diferencia tasa de empleo respecto a 2007	–5,32	–12,70	**–6,08**
POBLACIÓN PARADA			
Volumen en 2010	3.443.400	1.188.950	**4.632.350**
Variación media anual 2007-2010 (%)	34,16	42,82	**36,19**
Tasa de paro en 2010 (%)	18,02	29,84	**20,06**
Diferencia de la tasa de paro respecto a 2007	10,45	17,75	**11,80**
POBLACIÓN ACTIVA			
Volumen en 2010	19.103.950	3.984.925	**23.088.875**
Variación media anual 2007-2010 (%)	0,51	5,67	**1,33**
Tasa de actividad en 2010 (%)	57,38	76,84	**60**
Diferencia de la tasa de actividad respecto a 2007	0,73	1,07	**1,09**

Pese a ello el modelo jurídico-legal español, y más concretamente la política de inmigración española, se ha caracterizado hasta fechas recientes por una escasa ordenación de los flujos migratorios laborales. Y es que, más allá del contingente de trabajadores extranjeros aparecido por primera vez en 1993, actualmente denominado «gestión colectiva de contrataciones en origen»[8], las iniciativas dirigidas a una gestión más ordenada de las migraciones laborales han ocupado un lugar secundario frente a los intentos por luchar contra la inmigración irregular y el control de fronteras. Ahora parece que frente a la nueva realidad descrita líneas atrás, y constatado un cierto agotamiento del mercado de trabajo español, la reducción directa de las expectativas de crecimiento de los puestos de trabajo que han sido atendidos por los trabajadores inmigrantes ha exigido de la adopción de dos grandes bloques de medidas, hasta cierto punto antagónicas: por un lado, se constatan los intentos, no siempre acertados, por regular los flujos migratorios laborales e institucionalizar canales de inmigración económica temporal con retornos organizados anticipadamente, lo que ha contribuido tanto a la firma de acuerdos bilaterales de contratación de trabajadores extranjeros en origen como a la preferencia por la gestión colectiva de contrataciones en origen, antiguo contingente de trabajadores extranjeros; de otro, en el lado opuesto, las facilidades al retorno voluntario se han reactivado a través de los distintos programas de retorno articulados a

(7) FUENTE: FUNDACIÓN IDEAS: Informe sobre la contribución de la inmigración a la economía española: evidencias y perspectivas de futuro, mayo 2011, disponible en <http://www.fundacionideas.es/sites/default/files/pdf/I-La_contribucion_de_la_inmigracion-Ec_0.pdf>.

(8) Vid. al respecto GRAU PINEDA, C.: «El contingente de trabajadores extracomunitarios como mecanismo ¿idóneo? de regulación de flujos migratorios laborales en España», Justicia Laboral, n.º 40, 2009, pp. 55-82.

tal fin, el humanitario y el destinado a trabajadores extranjeros desempleados con derecho a la prestación contributiva por desempleo, si bien, como se tendrá ocasión de exponer, su efectividad ha sido y está siendo sumadamente reducida. En este sentido, de la política de inmigración española se ha dicho que se caracteriza por contener una serie de medidas más o menos flexibles que se pueden aplicar «(…) como si fueran un fuelle o acordeón, de un modo extensivo o limitativo, según las circunstancias y condicionamientos en juego [y en este sentido] la hondura de la crisis económica y su fortísimo impacto sobre el volumen del desempleo están haciendo girar la práctica de los mecanismos utilizados por los poderes públicos en un sentido defensivo o protector del empleo de los trabajadores españoles y comunitarios y de los residentes legalmente en España (…)»(9).

Dicho esto, el propósito de este trabajo no es otro que indagar en la apuesta española, en idéntico sentido a otros de nuestros vecinos europeos como Irlanda o Reino Unido(10), por «fomentar y garantizar la movilidad y el retorno voluntario de los inmigrantes», analizando para ello los programas de retorno voluntario articulados y puestos en marcha como medidas de gestión de los flujos migratorios(11), al tiempo que se extraen algunas conclusiones sobre su eficacia empírica. Y es que la potenciación de la política de retorno, como una de las políticas eficaces para combatir la inmigración irregular/clandestina/ilegal(12), parte de la premisa siguiente: el empeoramiento de las oportunidades laborales como consecuencia de la crisis económica, unido al endurecimiento de los controles de fronteras y las dificultades a la hora de renovar las permisos de trabajo y residencia, parece que tendrá como consecuencia directa que cada vez sean más los inmigrantes en situación administrativa irregular que opten por permanecer en los países de la UE dadas las mayores dificultades de reingreso en la «fortaleza Europea». Sin embargo, y contrariamente a las previsiones hechas poco después de estallar la crisis económica actual, no ha habido retornos masivos de trabajadores migrantes a sus países de origen(13). En este sentido cabe ade-

(9) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Claves legislativas en materia de inmigración…», *op. cit*., pp. 200-201. En idéntico sentido, «(…) Son constantes los avances y retrocesos que se producen en las políticas jurídicas de regulación de entrada, permanencia y salida de las personas inmigrantes extranjeras, hasta el extremo de subordinarlas a las necesidades económicas y de los mercados de trabajo (…)», MONEREO PÉREZ, J.L., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «Modelos jurídico-políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada», *Revista Justicia Social*, n.º 47, 2011, p. 13.

(10) A modo de ejemplo, en Reino Unido existen dos programas de retorno asistido voluntario: el previsto para los solicitantes de asilo (VARRP) y el dirigido a los inmigrantes irregulares (AVRIM). Más detalles en <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/aboutus/workingwithus/workingwithasylum/assistedvoluntaryreturn/>. En cuanto al retorno voluntario asistido en Irlanda, *vid*. <http://www.iomdublin.org/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=71>.

(11) En general *vid*. PÉREZ YÁNEZ, R.M.ª: «A vueltas con la gestión de los flujos migratorios. A propósito del abono acumulado de la prestación por desempleo prevista en el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre y en su reglamento de desarrollo», *Relaciones Laborales*, n.º 10, 2009.

(12) La primera expresión es la preferida, por su corrección técnica, por uno de los grandes expertos españoles en este temática, AGUELO NAVARRO, P.: «Claves de la reforma de la Ley de Extranjería», *Iuris*, 2009, febrero, p. 57. Mientras que las dos siguientes son representación de la terminología jurídica de la UE y de España, tal y como apunta VIVERO SERRANO, J.B.: «Algunos aspectos de la política y del Derecho de la Unión Europea y de España en materia de lucha contra la inmigración irregular», en RAMOS QUINTANA. M.: *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, Bomarzo, 2010, p. 341.

(13) AWAD, I.: «Migraciones laborales en tiempos de crisis económica: 2008-2009», en RAMOS QUINTANA. M. (coord.): *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, Bomarzo, 2010, p. 52.

lantar que «(…) el efecto retorno de la crisis económica en las migraciones internacionales es, hasta la fecha, débil y selectivo. Los incentivos al retorno que han establecido varios países desarrollados están teniendo una acogida muy tímida entre la población inmigrante y esta preferencia por la inmovilidad en el corto plazo está relacionada con la incertidumbre sobre el alcance temporal de la crisis, la falta de oportunidades laborales en destinos alternativos y el uso de otros mecanismos de compensación de la crisis (…)»[14].

II. SOBRE LOS DISTINTOS PROGRAMAS DE RETORNO VOLUNTARIO ASISTIDO

1. Algunas consideraciones previas

Se quiere comenzar por llamar la atención sobre el hecho de que las medidas propuestas para coadyuvar en el intento por que las migraciones internaciones funcionen de forma eficaz y adecuada pasan por la vuelta a conceptos como migración circular[15] y retorno[16]. En este sentido, se dice que las fórmulas en las que el inmigrante vuelve a su país o tiene la posibilidad de moverse con cierta facilidad entre este último y el de acogida permitirían no sólo una deseable transferencia de competencias, desde el país de destino donde se trabaja hacia los países de origen en vías de desarrollo sino que, además, generarían una serie de beneficios a los propios inmigrantes y a sus familiares[17]. En suma, las migraciones circulares lo que proponen es la incorporación de la noción de regreso a las migraciones económicas o profesionales[18]. Se trata, en definitiva, de un procedimiento de racionalización de las migraciones con motivación laboral que produce tanto reacciones adversas[19]

---

(14) DOMÍNGUEZ MÚJICA, J., y GODENAU, D.: «Las migraciones internacionales en el Siglo XXI», en RAMOS QUINTANA, M. (coord.): Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea, Bomarzo, 2010, p. 120.

(15) Se considera «migración circular» a «(…) todo sistema gracias al cual se facilita la circulación de emigrantes o antiguos emigrantes, o la "ida y vuelta" entre el país de origen y el antiguo país de residencia (…)», en Comunicación de la Comisión de 1 de septiembre de 2005 sobre «Migración y desarrollo: orientaciones concretas» [COM (2005) 390 final].

(16) La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a normas y procedimientos para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, conocida como «la Directiva del retorno», vino a establecer una política efectiva de retorno como elemento necesario de una política de migración bien gestionada y a asegurar un enfoque armonizado y más efectivo de los procedimientos nacionales de retorno. Para más detalles véase, entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea», *op. cit.,* pp. 14 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: «La política comunitaria de inmigración», *Relaciones Laborales*, n.º 15-16, 2009, pp. 39 y ss.; AGUELO NAVARRO, P., y CHUECA SANCHO, A.G.: «Directiva de retorno. Directiva de expulsión», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, julio de 2008, pp. 121 y ss.; FAJARDO DEL CASTILLO, T.: «La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 33, 2009, pp. 453-499. Más recientemente VIVERO SERRANO, J.B.: «Algunos aspectos de la política y del Derecho de la Unión Europea y de España en materia de lucha contra la inmigración irregular», *op. cit*., pp. 341 y ss.

(17) PÉREZ YÁNEZ, R.: «Renovadas orientaciones en la gestión de la migración: las propuestas provenientes del codesarrollo», *Relaciones Laborales*, n.º 15-16, 2009, pp. 164-165.

(18) ALAMINOS, A.; LÓPEZ, C.; LÓPEZ, B.; PEREA, I., y SANTACREU, O.: «El retorno de las Migraciones Circulares: La regulación de las migraciones profesionales», *Revista Obets*, n.º 3, 2009, pp. 59 y ss.

(19) Sólo apuntar, hay quienes piensan que la migración circular es una especie de «migración elegida o *choisie*» que pudiera plantear problemas en materia de igualdad (no solo entre nacionales y extranjeros, sino, dentro de estos últimos, entre inmigrantes de un tipo u otro en función de la clase de migración elegida). De ahí que se apunte que

como favorables entre los expertos yen el que, como tantas otras propuestas, sus virtudes y defectos dependerán más de cómo se concrete su reglamentación y aplicación práctica que de su contenido y eficacia[20].

Las facilidades que al retorno voluntario se articulan desde los poderes públicos deben encuadrarse en un contexto en el que la crisis económica conlleva que se hable más del retorno de los trabajadores inmigrantes[21] que se quedan sin empleo y que, o bien *motu proprio*, o bien a través de la puesta en marcha de propuestas o programas dirigidos a facilitar ese retorno voluntario[22], deciden volver a sus países de origen. Y es que, en un momento de crisis económica como el que se está viviendo en la actualidad, si bien lo lógico sería esperar que los posibles candidatos a migrar recibieran en su país de origen un mensaje contrario al que antes recibían y desistieran de su propósito, sin embargo, en países como España, y después de casi una década de intensos flujos migratorios, en los que la población inmigrada ha crecido por encima de los cinco millones de personas, se han creado unas dinámicas familiares y sociales que no pueden detenerse abruptamente y que contribuyen a mantener cierto flujo inmigratorio, que sigue vinculado a la situación del mercado laboral español y que se gestiona por medio de los procesos de contratación colectiva en origen.

Al mismo tiempo, el deterioro de las condiciones laborales en algunos sectores laborales, como consecuencia de la actual coyuntura, afecta especialmente a los trabajadores inmigrantes entre los que, además, no cesa de incrementarse el número de los que ni encuentran trabajo ni cobran prestación por desempleo. No obstante, dado que para la mayoría de estos inmigrantes el retorno a su país de origen no es opción, la necesidad de encontrar «cualquier tipo de trabajo» se está haciendo cada día más acuciante. En estas condiciones se ven más obligados que nunca a aceptar trabajos en condiciones laborales de explotación. Y es que es necesario insistir en el hecho de que los trabajadores

---

«(…) frente a la migración circular, es necesario prever «derecho circulares» que beneficien a los migrantes tanto en los países de destino como en los de origen además de una cooperación institucional estrecha entre los Estados concernidos (…)», ELMADMAD, KH.: «Migration circulaire et droits des migrants. Le cas du Maroc», Serie sur la migration circulaire module juridique, CARIM-AS 2008/26, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico de Fiesole (FI), Institut Universitaire Européen, 2008.

(20) ALAMINOS, A.; LÓPEZ, C.; LÓPEZ, B.; PEREA, I., y SANTACREU, O.: «El retorno de las Migraciones Circulares…», *op. cit*., pp. 59 y ss.

(21) De acuerdo con la División de Estadísticas de Naciones Unidas, son migrantes retornados lo que «(…) retornan a su país de origen después de haber sido inmigrantes (sea por un período corto o largo) en otro país y que tratan de quedarse en su país por un año al menos (…)», según United Nations Statistics Division (UNSD): *Recommendations on Statistics of International Migration*, revision 1, United Nations, New Cork, 1998, p. 95. Disponible en <http://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesM/SeriesM_58rev1E.pdf>. Aunque se obvio, el retorno forzoso, en sus distintas formas, queda fuera de este concepto y prefiere denominársele expulsión.

(22) Según la OIM, aunque no puede exagerarse la importancia de los programas de retorno voluntario asistido, su aplicación ha sido, casi exclusivamente, un fenómeno europeo. El primer uso de este tipo de instrumentos tuvo lugar en Alemania en 1979 —aunque el primer país receptor en Europa que instituyó un programa de incentivo de retornos fue Francia, a mediados de los años 70, dirigido a inmigrantes económicos del sur de Europa, norte de África y África del sur del Sáhara—, y desde entonces se ha replicado en diferentes formas en más de 18 países europeos. El primer modelo de retorno simple con alguna asistencia financiera y de viaje a los retornados se ha extendido con los años para incluir asistencia previa a la partida y posterior a la llegada en diversas formas. En fechas más recientes, el uso de estos programas se ha extendido a otras regiones y a una variedad de grupos objetivo, en particular a inmigrantes irregulares varados mientras estaban en tránsito a sus países de destino.

extranjeros parecen relativamente más vulnerables (que los autóctonos) a las recesiones cíclicas[23], aunque, evidentemente, no se puede responsabilizar a la inmigración de los desequilibrios del mercado de trabajo. La mayor vulnerabilidad de este colectivo de trabajadores se manifiesta, generalmente, en el hecho de que su empleo es mucho más volátil que el de los trabajadores autóctonos porque están sobrerrepresentados en las ramas de actividad más sensibles al ciclo económico (construcción o servicios), porque es mano de obra poco cualificada y porque, además, suelen encuadrarse en las categorías socioeconómicas más frágiles[24]. Con todo, la mayoría prefieren padecer «temporalmente» tales penurias que retornar a países en los que las oportunidades de empleo están igual o peor que en España y, en adición a lo anterior, no poder reingresar, más tarde, en la Europa «postcrisis» ante la estricta regulación de los flujos migratorios[25].

Lo que resulta indudable es que el retorno está presente en todos los procesos migratorios de forma más o menos evidente. Y es que, aunque existe una tendencia al establecimiento más o menos permanente, las intenciones iniciales de la gran mayoría de los inmigrantes son las de retornar en un plazo breve de tiempo. Siempre hay, por tanto, una cierta proporción de retorno, aun cuando no se esté dando ninguna situación de crisis económica como la actual. Pero establecer las dimensiones del retorno no es fácil, porque este es un aspecto sobre el que existe una lamentable pobreza de estadísticas. No obstante, un estudio de la OCDE señala que, dependiendo de los países de destino, entre un 20% y un 50% de los inmigrantes abandonan el país en los cinco primeros años de su llegada, sea para volverse a su país de origen o para migrar a otro destino[26]. Con todo, el análisis estadístico del retorno tiene muchas dificultades. Evidentemente se cuenta con los datos de los programas de retorno asistido, pero tales programas sólo representan una ínfima parte del retorno que se produce: la gran mayoría de las personas que regresan lo hacen «por su cuenta», sin acogerse a ningún tipo de programa especial; es decir, se trata de retornos espontáneos.

La política de retorno (voluntario[27]) de inmigrantes no sólo se ha promovido desde las autoridades competentes españolas sino también por las europeas. En este sentido, la Decisión n.º 575/2007/CE, por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del Programa General *Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios* determina como objetivo primordial la promoción de la gestión integrada del retorno a nivel nacional que se centre en retornos efectivos y sostenibles mediante una variedad de medidas y alienta a los Estados miembros a dar preferencia al retorno volunta-

(23) OCDE: «The employment of foreigners: outlook and issues in OECD countries», capítulo 5, en OCDE: *Employment Outlook*, junio de 2001.

(24) Más detalles en CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: «La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 36, 2007, p. 93.

(25) Más detalles sobre la movilidad reactiva de la población extranjera en función de distintas situaciones posibles en DOMÍNGUEZ MÚJICA, J., y GODENAU, D.: «Las migraciones internacionales en el Siglo XXI», *op. cit.*, pp. 108-112.

(26) SOPEMI: *International Migrations Outlook*, Annual Report, OCDE, París, 2008.

(27) Al margen quedan los aspectos referidos al retorno forzoso o expulsión que poco tienen que ver con la temática aquí planteada pese a compartir denominación.

rio frente al forzoso, dado que responde mejor al interés, tanto de un retorno digno de las personas como al de las autoridades de los países de acogida[28].

El retorno voluntario en los mecanismos de gestión de flujos migratorios laborales de carácter temporal también puede garantizarse por medio de incentivos y ésta ha sido una de las opciones elegidas por España. Así, el contingente de trabajadores extracomunitarios previsto para actividades de temporada, sobre todo agrícola, ha tenido un elevado éxito de retorno porque los trabajadores que retornaban en los plazos previstos tenían preferencia para volver en la campaña siguiente. Para demostrar que habían vuelto a su país acabada la campaña agrícola (y el contrato que tenían) debían presentarse en el consulado español de ese país en el plazo de un mes. Sistemas similares funcionan también en otros países como Francia, donde existe un programa parecido desde 2006 para trabajadores de temporada con contratos inferiores a seis meses: si retornan a su país en el plazo previsto tienen relativamente asegurada su contratación en la temporada siguiente; o Italia, donde después de dos contratos de temporada sucesivos en los que el retorno se ha producido correctamente se les ofrece la posibilidad de solicitar un permiso estable[29].

Pero también existe el retorno de inmigrantes que se habían establecido por un tiempo (más o menos largo) en España, y que, antes de la crisis, tenía ya dimensiones importantes, aunque sea un fenómeno bastante desconocido. Sin lugar a dudas, el retorno más importante, cuantitativamente hablando, es el que podríamos llamar «ordinario», el que responde a decisiones de los propios inmigrantes que, por una u otra razón, optan por marcharse. Pero también ha de repararse en que una pequeña parte de este retorno es el que ha venido produciéndose con la ayuda del programa humanitario gestionado por la Organización Internacional de las Migraciones (en adelante, OIM) y otras organizaciones sociales (como Cruz Roja Española, ACCEM, CEPAIN, MPDL y AESCO).

El término genérico utilizado a escala internacional es el de «retorno voluntario asistido». Pero lo importante es que se trata de retorno asistido, es decir, que los inmigrantes que quieren retornar (y cumplen las condiciones para acogerse a esos programas) reciben determinadas ayudas para poder efectuar el retorno. La OIM es la organización que está gestionando buena parte de los programas de retorno asistido que están en funcionamiento en distintos países. Los beneficiarios son personas que optan por retornar pero no tienen medios para hacerlo, y el tipo de ayuda que se les presta depende de los países, es decir, de los acuerdos que la OIM tenga con los diferentes gobiernos. En unos casos la ayuda sólo sirve para sufragar el viaje, en otros puede haber alguna ayuda económica para restable-

(28) Con posterioridad y en esta misma línea son de ineludible mención tanto el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo (16-10-2008) como el Programa de Estocolmo: una Europa abierta que sirva y proteja al ciudadano (2010-2014). Sobre el primero, vid. GARCÍA MURCIA, J., y CASTRO ARGÜELLES, M.ªA.: «El camino hacia una policía migratoria integral. La asunción de los principios del Pacto Europeo para la inmigración: su delimitación», en MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.): Los Derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, La Ley, 2010, pp. 142 y ss.; y sobre el segundo, el número monográfico de la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, n.º 85, 2010. Si bien es verdad que todas estas acciones van enmarcadas dentro de los objetivos del Enfoque Global de la Migración, aprobado por el Consejo Europeo en 2005 y confirmado en 2006. Vid. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0735:FIN:ES:PDF>.

(29) Más detalles en CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: «La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea», *op. cit*., p. 188.

cerse en su país, o cierto apoyo organizativo en el país de origen, así como información o incluso actividades formativas.

El retorno asistido es valorado positivamente por las organizaciones internacionales ya que ha demostrado ser una estrategia eficaz para organizar el regreso, puesto que se presta asistencia a los migrantes desde el momento que salen del país de destino y a lo largo de su reintegración en el país de origen, permitiendo así que las personas reciban asesoramiento en materia de sus derechos, responsabilidades y opciones para que puedan tomar una decisión informada y beneficiarse del apoyo financiero y logístico de uno de los países concernidos o de otro interlocutor nacional o internacional(30).

En España desde que la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, introdujera la Disposición Adicional Octava sobre ayudas al retorno voluntario, se prevé que «(…) el Gobierno contemplará anualmente la financiación de programas de retorno voluntario de las personas que así lo soliciten y planteen proyectos que supongan su reasentamiento en la sociedad de la que partieron y siempre que los mismos sean de interés para aquella comunidad (…)». En este sentido, corresponde a la Dirección General de Integración de los Inmigrantes la función de diseño y gestión de planes y programas vinculados al retorno de inmigrantes (RD 1129/2008, de 4 de julio) que es la encargada de convocar la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, para el desarrollo de programas de retorno voluntario de inmigrantes (la última Resolución es de 7 de junio de 2011). Dicho esto, en España se cuenta con tres programas de retorno asistido que se gestionan con fondos públicos. Los dos primeros, el llamado retorno por causas humanitarias destinado a personas en situación de vulnerabilidad social y el retorno asistido con reintegración y que implica la voluntad del retornado por emprender un proyecto productivo en su país de origen, vienen funcionando desde hace ya algún tiempo en España, impulsados por el Ministerio de Trabajo e Inmigración (MTIN) y la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), pero en los que intervienen diversas organizaciones (2. y 3.); y el último de ellos, puesto en marcha en 2008, coincidiendo con la crisis económica y el enfriamiento de nuestra economía, que facilita el retorno de trabajadores extranjeros en paro con derecho a prestación por desempleo (4.). Veámoslos.

2. El Programa humanitario de retorno voluntario asistido

El primero de los programas de retorno asistido existentes en nuestro país es el Programa de Retorno Voluntario de Inmigrantes desde España (PREVIE) y, como se ha avanzado, está gestionado por la OIM. Se puso en marcha con la firma de un convenio, en julio de 2003, entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (actualmente, de Empleo y Seguridad Social) y la OIM. Desde ese año ha funcionado con fondos aportados anualmente por el Ministerio, pero también ha recibido el apoyo de la Generalitat de Cataluña y de la Comunidad de Madrid. Con anterioridad a esta fecha se venían desarrollando acciones de apoyo al retorno voluntario mediante subvenciones a distintas ONGs. Actualmente, además de la OIM hay otras organizaciones, como Cruz Roja, ACCEM, Rescate, MPDL o

(30) OIM: Consultas Informales Relativas al Diálogo Internacional sobre la Migración, 2009, p. 2. Disponible en <http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/mainsite/about_iom/es/IC/26_Feb_2009PM/IC_2009_1.pdf>.

Cáritas española, que también gestionan retornos en base a este programa, y además algunas de estas tienen programas propios similares.

Por medio de este programa, a los inmigrantes se les aporta información y orientación sobre el retorno, ayuda en la tramitación de la documentación necesaria para el retorno, billetes de viaje, una pequeña cantidad de dinero de bolsillo para el viaje, la posibilidad de ayuda económica para la reintegración en el país de origen y, finalmente, la posibilidad de seguimiento sobre su reinserción en el país de origen. En el plano económico esto se ha concretado en el pago del billete, ayuda económica de viaje y la aportación de 400 euros de ayuda por persona hasta un máximo de 1.600 euros por familia para gastos de reinstalación en su país.

Los inmigrantes a los que va dirigido ese programa son personas que han de llevar en España más de seis meses y se encuentran en situación de vulnerabilidad social, lo que debe probarse por medio de la presentación de un informe de los servicios sociales del ayuntamiento en el que residen (o en su defecto de una ONG especializada). La voluntariedad del retorno, por otra parte, debe ser manifiesta, por lo que se les exige la firma de un impreso de voluntariedad.

Por lo que se refiere al perfil de las personas que en estos años se han acogido al programa, la OIM dice que se trata, en su inmensa mayoría, de inmigrantes en situación irregular; personas que vinieron en busca de oportunidades laborales pero no encontraron, ni en el plano laboral ni en su intento de obtener «papeles». También dice que en buena proporción son personas que habían dejado a sus hijos en su país de origen. Se trata, en definitiva, de un programa de carácter humanitario, que no tiene nada que ver con la actual situación de crisis económica que ahora se está viviendo. A él ya se acogía gente antes del inicio de la crisis (desde el 2003 el total de retornados es de 10.220[31]), porque siempre hay personas en situación de vulnerabilidad que merecen la atención de los poderes públicos. La importancia del programa no está en si reduce o no nuestro actual número de desempleados, sino en su capacidad para resolver situaciones concretas de personas vulnerables. Pero de lo que no cabe duda es de que la crisis ha aumentado el número de estas personas y ha llevado a que este programa cobre mayor importancia.

Como puede apreciarse en el cuadro II, en 2007 hubo un incremento de retornados, pero ello no se debió a la crisis sino al aumento de financiación del programa, lo que llevó a que se resolviesen muchas de las solicitudes que se arrastraban de años anteriores. En cambio en 2008 sí se manifestó con claridad el efecto de la crisis, dando lugar a un fuerte incremento. No es un número alto, como no lo suele ser en ninguno de los demás países receptores de inmigración que tienen programas similares, pero su importancia estriba en la gravedad de la situación que padecen las personas que pueden beneficiarse del programa.

(31) Según datos de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

CUADRO II. INMIGRANTES ACOGIDOS AL PROGRAMA DE RETORNO VOLUNTARIO DE ATENCIÓN SOCIAL (32)

Año	Total	Inmigrantes	Solicitantes de asilo	% Vertical
2003	604	565	39	5,90%
2004	1.176	1.136	40	11,50%
2005	928	866	62	9,10%
2006	958	911	47	9,40%
2007	1.184	1.125	59	11,60%
2008	1.821	1.493	328	17,80%
2009	3.549	n.d.	n.d.	34,70%
TOTAL 2003-2009	**10.220**	**n.d.**	**n.d.**	**100,00%**

3. El retorno voluntario asistido con reintegración

La OIM vino a incorporar al programa humanitario de retorno voluntario asistido de inmigrantes en el año 2005 un componente de reintegración para la puesta en marcha de proyectos productivos viables en los países de origen de los inmigrantes (33). Poco más que decir que este programa va dirigido a aquellos inmigrantes que hayan sido seleccionados para retornar a sus países de origen con el programa de retorno voluntario antedicho y quieran poner en marcha un proyecto productivo viable en su país de origen, siempre que haya representación local de la OIM. Repárese en el hecho de que se estaría hablando de individuos con capacidad emprendedora y conocimiento del entorno, pues el programa exige la presentación de un plan de negocio y de un estudio de viabilidad económica (34).

El programa en sí consiste en otorgar ayudas económicas que serán destinadas a la instalación de proyectos productivos sostenibles y que podrán ser utilizadas, además, para la educación pública de los hijos o de cualquier adulto beneficiario de las mismas. Los solicitantes deberán seguir idénticos trámites que para el programa de retorno voluntario asistido mencionado en el epígrafe anterior y, además, presentar, dada la especialidad de este programa, la siguiente documentación adicional: solicitud para el proyecto de reintegración, plan de negocios y consentimiento para la utilización de fotografías y vídeos.

---

(32) FUENTE: MTIN, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, disponibles en Red Europea de Migraciones: Programas y Estrategias referentes al retorno asistido y reintegración de los emigrantes en terceros países, España, septiembre de 2009, p. 59. <http://extranjeros.mtin.es/es/RedEuropeaMigraciones/Estudios_monograficos/>.

(33) Más detalles en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y FERNÁNDEZ COLLADOS, B.: «Retorno voluntario de inmigrantes», *Revista Trabajo*, Universidad de Huelva, n.º 23, 2010, pp. 142-143.

(34) *Vid*. en este sentido, el blog del Profesor Eduardo Rojo en <http://eduardorojoblog.blogspot.com/2010/06/el-retorno-voluntario-de-los_6564.html>.

4. El Programa de retorno para trabajadores extranjeros desempleados con derecho a prestación contributiva por desempleo

A diferencia de los dos anteriores, este programa de retorno sí que está estrechamente relacionado con la actual situación de crisis económica, ya que surge a finales de 2008, cuando ya se percibe un fuerte incremento del paro entre los inmigrantes. El Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre (en adelante, RDLey 4/2008), convalidado posteriormente por el Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre[35] (en adelante, RD 1800/2008), crea una nueva modalidad de abono de la prestación por desempleo denominada «modalidad de pago anticipado y acumulado de la prestación por desempleo a favor de los trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen».

En la práctica se ha tratado de presentar como una nueva ampliación de la ya conocida como «prestación contributiva por desempleo de pago único», que en determinadas circunstancias prevé la posibilidad de que trabajadores que solicitan o se encuentran percibiendo la prestación contributiva por desempleo puedan percibir de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente de recibir[36]. Sin embargo, entre una y otra existe una importante diferencia, esto es, mientras la prestación contributiva por desempleo de pago único tiene como finalidad el fomento del autoempleo, esta segunda persigue contribuir al retorno voluntario de los trabajadores inmigrantes en situación de desempleo a sus países de origen. Que ambas compartan la intención del legislador de favorecer la reinserción laboral y profesional de los trabajadores desempleados es más relativo, dado que nada se prevé en tal sentido en la segunda. Cuestión distinta es que, en defensa de la segunda, se diga que favorece el desarrollo de tales países con el retorno de una mano de obra cualificada y experimentada, pero este último objetivo es nuevo y ajeno a la legislación vigente y entra en clara contradicción con lo en ella previsto, lo que no hace sino aconsejar una reforma en tal sentido. Y es que es importante insistir en el hecho de que, a diferencia de la «prestación contributiva por desempleo de pago único», no se trata de una ayuda finalista, esto es, no se liga a una finalidad concreta. Repárese en que el inmigrante beneficiario de la misma no tiene que invertir la cantidad capitalizada en una empresa de economía social, ni establecerse como autónomo en su país de origen, ni dedicar dicha cantidad a un proyecto productivo. Es suficiente con que cumpla los requisitos que se expondrán a continuación, reciba su prestación por desempleo capitalizada y se marche para no volver en un determinado periodo de tiempo[37].

---

(35) En su momento sorprendió que esta nueva prestación por desempleo se aprobase por la vía de urgencia bajo el argumento contenido en la exposición de motivos del RDL 4/2008 de que la medida requiere que se haga con carácter inmediato ya que la demora en su aplicación podría ocasionar que la misma no fuera efectiva en muchos casos y, sin embargo, a la hora de ser aplicada se demorase su puesta en marcha casi dos meses hasta la aprobación del RD 1800/2008. Un comentario al respecto en CABEZA PEREIRO, J.: «El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: primeras notas», *Actualidad Laboral*, n.º 21, 2008.

(36) FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Un año de vigencia de la prestación por desempleo para trabajadores extranjeros que retornan a sus países», *Relaciones Laborales*, n.º 14, 2009, p. 104. *Vid*. también MERCADER UGUINA, J.R., y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: «La capitalización de la prestación por desempleo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 89, 2010, pp. 157 y ss.

(37) En esta línea crítica puede verse ABRIL LARRAINZAR, P., y LANZADERA ARENCIBIA, E.: «El anticipo de la prestación por desempleo a los inmigrantes: la compra de un retorno», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, n.º 4, 2009.

Grosso modo, esta prestación presenta dos elementos innovadores, y que se apartan, respecto de los previstos para la prestación por desempleo en su modalidad de pago único general prevista en el Real Decreto 1044/1985 como medida de fomento del empleo autónomo: por un lado, se dirige en exclusiva a trabajadores extranjeros no comunitarios en situación de desempleo y, de otro, se condiciona a la decisión de retornar voluntariamente a su país de origen(38).

Para acogerse a este programa se han de cumplir algunos requisitos, concretamente los cinco siguientes (art. 2 RD 1800/2008):

a) Estar inscritos como demandantes de empleo en el Servicio Público de Empleo (SPE) correspondiente;

b) Hallarse en situación legal de desempleo como consecuencia de la extinción de la relación laboral por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 LGSS;

c) Tener reconocido el derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo(39), sin compatibilizarlo con un trabajo a tiempo parcial, dado que si el trabajador extranjero tiene un empleo, aunque lo sea tiempo parcial, no parece tener sentido el que se le incentive a abandonarlo;

d) Asumir el compromiso de retornar a su país de origen (en un plazo de 30 días naturales desde la fecha de realización del primer pago de la prestación) y el de no retornar a España en el plazo de tres años para residir y/o realizar una actividad lucrativa o profesional por cuenta propia o ajena(40). El art. 3 del RD 1800/2008 ha sido sumamente controvertido en cuanto a las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de los plazos de salida y posible regreso a España(41), pero como acertadamente se ha apuntado por SÁNCHEZ y FERNÁNDEZ(42), es preciso advertir que el RD 1800/2008 se ampara no solo en el RDLey 4/2008 sino en las habilitaciones, genérica o específicas, que se conceden al Gobierno en la LOEx. Por lo que en la lectura conjunta de tales normas es posible encontrar la solución a la aparente falta de coercibilidad de tal requisito(43).

---

(38) El art. 1 del RD 1800/2008 que desarrolla el RDL 4/2008 entiende por país de origen el que corresponda con la nacionalidad del trabajador.

(39) Están excluidos de la cotización por desempleo y de la prestación por tal contingencia, y, por tanto, de la aplicación de esta modalidad, según la DA decimotercera del RD 2393/2004: a) quienes tengan autorización para investigación o estudios y tengan tarjeta de estudiante extranjero, b) quienes tengan autorización como trabajadores transfronterizos, y c) quienes tengan autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.

(40) Deben hacerse dos puntualizaciones concretas: por un lado, que no habría inconveniente para realizar en España estancias breves de hasta 90 días que no tendrían la naturaleza de residencia (art. 30.1 LOEX), por motivos familiares o de turismo, entre otros; de otro, que tales previsiones afectan también a los familiares dependientes, de modo que quienes hubiesen sido reagrupados por el solicitante, y aún no tuviesen una autorización de residencia independiente, perderán también su derecho de residencia.

(41) Hubo quienes apuntaron que «(…) se establece un compromiso de no retorno, pero sin coercibilidad aparente (…)», CABEZA PEREIRO, J.: «El pago único…», *op. cit*., p. 4.

(42) SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y FERNÁNDEZ COLLADOS, B.: «Retorno voluntario de inmigrantes», *op. cit*., pp. 153-154.

(43) De un lado, el art. 36.7 LOEx prevé la negación de la concesión de autorización de residencia y trabajo si se vuelve a España entes del plazo acordado. De otro, una de las novedades de la LO 2/2009, de reforma de la LO 4/2000,

e) No estar incurso en los supuestos de prohibición de salida del territorio nacional previstos en la legislación de extranjería, bien por encontrarse incursos en un procedimiento judicial por la comisión de delitos en España, ser condenados por la comisión de delitos en España a pena de privación de libertad y reclamados, o reclamados y detenidos para ser extraditados por los respectivos países o cuando padezcan enfermedad contagiosa que imponga la inmovilización o el internamiento obligatorio en establecimiento adecuado.

Como puede apreciarse, el tercero presume los dos anteriores dado que para ser merecedor de una prestación por desempleo se exige, entre otros requisitos, encontrarse inscrito como demandante de empleo, así como en situación legal de desempleo. En suma, se entiende que los trabajadores extranjeros que quieran acceder a tal prestación por desempleo deben ser actualmente perceptores de la prestación contributiva por desempleo o ser solicitantes con derecho a la misma que tengan reconocido el derecho. No basta, por tanto, con encontrarse en paro sin derecho a la prestación contributiva por desempleo, ni con ser perceptores del subsidio por desempleo total o parcial en cualquiera de sus modalidades.

Al inmigrante que solicita esta prestación por desempleo se le abona la prestación de forma acumulada y en dos partes: la primera, un 40%, le es abonada en España en el momento en que su solicitud es concedida, y la segunda, el 60% restante, se le abona en su país de origen en un plazo de 30 días después de haber percibido el primer abono, lo que ha de probar compareciendo personalmente en la representación diplomática u oficina consular española (art. 5.5 RD 1800/2008).

Pero es que, además, entre las circunstancias objetivas que debe cumplir el trabajador extranjero para ser beneficiario de esta prestación destaca la de que se trata de nacionales de países con los que España tenga suscrito un convenio bilateral en materia de Seguridad Social. La mayor parte de los países latinoamericanos y centroamericanos de los que se reciben flujos migratorios significativos tienen convenio: es el caso de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Méjico, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, pero no Bolivia, país del que se han recibido intensos flujos migratorios en los últimos años[44]. También lo tienen Túnez y Marruecos, lo que supone que quedan

---

afecta al art. 40.l) y prescribe que entre los supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo se incluye el de los «extranjeros que hayan renunciado a su autorización de residencia y trabajo en virtud de un programa de retorno voluntario». En otras palabras, «(…) no podrán concederse autorizaciones de residencia o de residencia y trabajo a quienes hubieran sido beneficiarios de esa opción mientras no haya transcurrido un periodo de tres años desde su salida de España; sin embargo, en contrapartida, cuando ya haya transcurrido ese periodo de alejamiento, el sujeto en cuestión se beneficia del acceso a nuevas autorizaciones para trabajar sin necesidad de que se supediten a la valoración de la situación nacional de empleo y a un derecho preferente en el acceso a la gestión colectiva de contrataciones en origen (…)», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y FERNÁNDEZ COLLADOS, B.: «El Plan de retorno voluntario: significado y consecuencias», en MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.): *Los Derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, 2010, p. 669.

(44) Téngase en cuenta que la reciente aprobación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social —y las consecuencias que en esta materia despliega— sí que incluye a Bolivia, entre otros. Solo apuntar que, conforme a lo previsto en el art. 31.1 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, el mismo entrará en vigor «el primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que se haya depositado el séptimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. No obstante, este producirá efectos entre dichos Estados una vez que el Acuer-

excluidos algunos países subsaharianos de los que hay contingentes significativos de inmigrantes. De los países asiáticos sólo lo tiene Filipinas, lo que implica que tampoco pueden acogerse chinos y paquistaníes. Y de la Europa del Este lo tienen la Federación Rusa y Ucrania. Los nacionales de países de la Unión Europea no pueden acogerse, por lo que están excluidos los rumanos, el grupo inmigrado más numeroso que hay en estos momentos en España(45).

No obstante, el RDL 4/2008 permite que el MTIN extienda también esta modalidad de abono acumulado de la prestación por desempleo a los trabajadores extranjeros de otros países, sin convenio bilateral en materia de Seguridad Social, siempre que se considere que dichos países cuentan con mecanismos de protección social que garanticen la dispensa de una cobertura adecuada o en atención a otras circunstancias específicas que puedan concurrir en las países de origen o en los propios solicitantes. En cualquier caso, el RD 1800/2008 no aclara nada en este sentido, lo que pudiera inducir a pensar que existe un alto nivel de discrecionalidad en estos casos que podría elevar el riesgo de arbitrariedad en las concesiones de la prestación(46).

CUADRO III. SOLICITUDES RECIBIDAS DE ABONO ANTICIPADO DE LA PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA POR DESEMPLEO A TRABAJADORES EXTRANJEROS QUE RETORNAN A SU PAÍS DE ORIGEN(47)

Países con convenio	TOTAL	Países sin convenio	TOTAL
	8.928		71
Andorra	3	Angola	2
Argentina	873	Argelia	1
Australia	5	Bolivia	39
Brasil	484	Brunei	4
Canadá	1	China	2
Chile	387	Congo	2

do de Aplicación sea suscrito por los mismos». Hasta la fecha, son catorce los Estados que han firmado el Convenio Multilateral, si bien sólo Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay y Portugal han depositado el documento de ratificación. Es en Lisboa en 2009 cuando se adopta el Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social que, hasta la fecha, sólo ha sido suscrito por España (BOE n.º 7 de 8-1-2011). A la vista de lo expuesto, el primer día transcurridos tres meses desde la fecha de depósito del séptimo instrumento de ratificación (Bolivia) resulta ser el 1 de mayo de 2011, fecha en que formalmente entró en vigor el Convenio Multilateral. Pero, puesto que con la salvedad de España el resto de los Estados no han suscrito aún el Acuerdo de Aplicación de 2009, el Convenio Multilateral no puede aún desplegar eficacia. Más detalles en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social», Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n.º 26, 2011, pp. 199-219.

(45) Lo que deja fuera a apátridas y a quienes, habiendo obtenido la nacionalidad española, tengan doble nacionalidad.

(46) FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Un año de vigencia…», *op. cit.,* p. 113.

(47) FUENTE: MTIN, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, disponibles en Red Europea de Migraciones: *Programas y Estrategias referentes al retorno asistido y reintegración de los emigrantes en terceros países*, España, septiembre de 2009, p. 59. <http://extranjeros.mtin.es/es/RedEuropeaMigraciones/Estudios_monograficos/>.

Países con convenio	TOTAL	Países sin convenio	TOTAL
Colombia	1.602	Cuba	2
Rep. Dominicana	70	Dominica	1
Ecuador	3.922	Egipto	2
Estados Unidos	12	Ghana	1
Filipinas	13	Guinea	1
Marruecos	26	Honduras	1
Méjico	29	India	3
Paraguay	177	Israel	2
Perú	757	Nepal	1
Federación Rusa	37	Omán	1
Ucrania	109	Panamá	1
Uruguay	329	Polinesia Francesa	3
Venezuela	82	Senegal	1
No consta	10	Surinam	1

El programa se gestiona desde el Servicio Público de Empleo (SPE), pero con él colaboran otros departamentos ministeriales y centros directivos, como la Dirección General de Integración de los Inmigrantes de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, que financia ayudas complementarias de viaje. Estas ayudas se gestionan a través de organizaciones sociales colaboradoras con medidas de apoyo, como son el pago del billete desde España al país de origen del inmigrante, la concesión de una ayuda de 50 euros por cada uno de los miembros de la unidad familiar que retornen y la cobertura de otros gastos que pudiese ser necesaria.

Las organizaciones que desde diciembre de 2008 están dando información sobre este programa señalan que, si bien son muchas las personas que se interesan por él, no tantas optan por iniciar la solicitud. Hay varios aspectos que explican el retraimiento de muchos inmigrantes. Uno de ellos es que su derecho a prestación por desempleo puede estar limitado a pocos meses y, por tanto, la cantidad acumulada a percibir ser insuficiente para iniciar cualquier proyecto en su país de origen. Para otros, la situación económica en sus países es todavía peor que la que viven en nuestro país pese a la crisis económica actual. Pero el principal motivo de retraimiento es la pérdida del derecho de residencia. Se resisten a perder algo que tanto les ha costado obtener y que tanta importancia ha tenido en sus vidas. También es preciso tener en cuenta que hay quienes querrían retornar y que tratan de acogerse a ese programa pero no pueden por haber adquirido ya la nacionalidad española y, por tanto, tener doble nacionalidad, lo que ocurre principalmente con latinoamericanos, que, por las facilidades que tienen para adquirir la nacionalidad, son los que mayor proporción de personas tienen en esta situación.

Aun así, hay determinado número de inmigrantes que se acogen al programa. Desde las organizaciones implicadas se señala que quienes se acogen son personas, o familias, que ya tenían cercana la perspectiva del retorno. A finales de 2009, no se han podido obtener datos más recientes, se registraron algo más de 9.000 solicitudes, de las que se aprobaron un total de 6.767. Entre los solicitantes, el grupo mayoritario era el de ecuatorianos, que sumaba

casi la mitad de las solicitudes, seguidos por colombianos, argentinos y peruanos (*vid*. *supra* cuadro III). Según datos «no oficiales» de una nota de prensa en un diario económico de finales del año pasado[48], sólo 11.440 inmigrates extracomunitarios se han acogido a este Plan, lo que representa apenas el 13% de los 87.000 previstos por el Gobierno de la Nación cuando lo puso en marcha a finales de 2008. Ello da buena muestra de la escasa acogida entre el colectivo de potenciales destinatarios de este tipo de programas.

III. A MODO DE EPÍLOGO

Para concluir, sólo apuntar que las explicaciones que han acompañado a la aparición de medidas como ésta toman como excusa la actual coyuntura económica en general, pero también la precaria situación económica del sistema español de Seguridad Social, sobre todo por la sobrecarga de futuras prestaciones que podrían suponer un peligro de quiebra de dicho sistema. Y es que la creación de este tipo de incentivos dirigidos a los trabajadores extranjeros con derecho a prestación por desempleo tiene, en realidad, como objetivo indirecto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados nacionales, que ven incrementadas sus opciones con el retorno a sus países de origen de los desempleados extranjeros.

Por otro lado, si bien es cierto que, en teoría, esta nueva prestación por desempleo presenta tres ventajas, a saber, favorece la reinserción laboral y profesional en los países de origen de los inmigrantes retornados, fortalece el desarrollo de estos países con el retorno de trabajadores cualificados y experimentados y refuerza las relaciones entre ambos Estados, en modo alguno garantiza las posibilidades de empleo autónomo del retornado en su país. Téngase en cuenta que, si bien en los albores de su aparición en el RDL 4/2008 dio la impresión de poder ser considerada como una medida de inflexión en las políticas que se habían venido aprobando tanto desde la perspectiva de la protección social de inmigrantes como de la activadora de las políticas de empleo[49], en los momentos en que se escriben estas líneas (tres años después) se presenta más como un reclamo a los inmigrantes que pierden su empleo, y que ya hemos visto que son muchos, tienen derecho a la prestación contributiva por desempleo, algunos menos, y desean volver a sus países de origen en busca de mejores horizontes, muchos menos aún. No cabe duda de la buena intención de este tipo de ensayos en el sentido de que persiguen lograr un alivio de la situación actual al tiempo que favorecen el retorno de los trabajadores extranjeros con pocas expectativas de trabajo. Pero mucho más encuadrable en un marco orientado a ordenar el fenómeno migratorio y gestionar los flujos migratorios de ida y vuelta (migración circular) en un contexto de crisis como el actual que en el de las políticas activas de empleo. Da la impresión de que bajo el maquillaje del loable propósito de favorecer la reinserción laboral y profesional en sus países de origen se oculta la dura realidad de la crisis de empleo que nos asedia y de la que los inmigrantes son sus inaugurales víctimas.

---

(48) <http://www.cincodias.com/articulo/economia/solo-11440-inmigrantes-acogen-plan-retorno-pais/20100531cdscdieco_3/>.

(49) CABEZA PEREIRO, J.: «El pago único de la prestación de desempleo…», *op. cit.*

Sin embargo, y por el momento, el saldo neto de inmigrantes solo se ha ajustado de forma parcial al descalabro económico. Y ello por varios factores a tener en cuenta: en primer lugar, el retorno es una opción que se evalúa, en buena medida, en términos económicos y, en este sentido, no conviene olvidar la tremenda brecha de renta existente entre los países de origen de la inmigración y España; y en segundo lugar, buena parte de la población extranjera residente en España presenta aún trayectorias migratorias incompletas, manteniendo importantes vínculos familiares con sus países de origen y presentando, por tanto, importantes necesidades de reagrupación que supondrían, decidido el retorno, no solo la imposibilidad del envío de las ansiadas remesas sino, en la esfera personal, un «fracaso» migratorio(50).

En lo que coinciden los expertos es en el hecho de que la inmigración ha sostenido la actividad económica, incluso durante la crisis, y va a ser crucial para la recuperación. El extraordinario incremento del desempleo que se ha vivido en los cuatro últimos años como consecuencia de la crisis económica puede dar la falsa impresión de que la inmigración no volverá a ser necesaria. Pero lo cierto es que, según todas las previsiones, será necesario un cierto flujo migratorio para atender la demanda de empleo en el medio-largo plazo. Entre 2020 y 2050, el flujo neto promedio de inmigrantes necesarios a tal fin oscilaría entre las 200.000 y las 350.000 personas anuales(51). Más allá de las cifras y aspectos técnico-cuantitativos, no hay que olvidar que se está hablando de personas que depositan todas sus expectativas en un proyecto migratorio que, en el caso de España, no sólo ha sido necesario sino que va a continuar siéndolo. Y es que, terminando como empezamos, en pos de una adecuada y eficaz canalización de los flujos migratorios laborales será importante determinar la capacidad de acogida de acuerdo con las necesidades de nuestro mercado de trabajo, pero sin por ello olvidar que la política de inmigración es algo más que la mera gestión de flujos migratorios, y que se impone ese enfoque global que desde Europa se postula.

(50) MAHÍA, R.: «La irrupción de España en el panorama de las migraciones internacionales. Por qué llegaron, por qué siguen llegando y por qué lo seguirán haciendo», Información Comercial Española, ICE. Número especial Retos económicos derivados de la inmigración en España. Revista de Economía, núm. 854, junio de 2010.

(51) Según las previsiones contenidas en el informe de la Fundación Ideas citado en la nota al pie n.º 6.

V. LA GESTIÓN CONCERTADA DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS ENTRE ÁFRICA OCCIDENTAL Y LA UNIÓN EUROPEA: UNA APROXIMACIÓN A LAS ASOCIACIONES DE MOVILIDAD[1]

VÍCTOR CUESTA LÓPEZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho constitucional
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN

La gestión concertada de los flujos migratorios entre África occidental y la Unión Europea: una aproximación a las asociaciones de movilidad

En el presente artículo nos aproximaremos a los acuerdos celebrados entre la Unión Europea, sus Estados miembros y los países de África occidental tras la adopción del Enfoque Global de la Migración para averiguar hasta qué punto los compromisos adquiridos suponen un avance significativo hacia la gestión integral y concertada del fenómeno migratorio o si, en cambio, vienen, en la práctica, a perpetuar el modelo de política de seguridad exterior impuesta por la «Fortaleza Europa». Entre los múltiples acuerdos internacionales, de muy variada naturaleza, que han ido conformando un incipiente régimen euro-africano de gobernanza migratoria, nos detendremos en los acuerdos de nueva generación conocidos como asociaciones (o partenariados) de movilidad y, en particular, en el análisis de la asociación piloto para la movilidad acordada entre Cabo Verde, la Unión Europea y sus Estados miembros España, Francia, Holanda, Luxemburgo y Portugal.

Palabras clave: Migración euroafricana, Unión Europea, Enfoque Global de la Migración y la Movilidad, Asociaciones de Movilidad, Cabo Verde, Senegal.

ABSTRACT

The migration management between the EU and West Africa: an approach to mobility partnerships

In this article we approach the agreements between the European Union, its Member States and the West African countries, in order to determine whether they represent a significant step towards the new migration policy announced in the Global Approach to Migration or, instead, perpetuate the pattern of foreign security policy imposed by the «Fortress Europe». Among the international agreements that constitute the regime of Euro-African migration governance, we will analyze the new generation of agreements known as mobility partnerships and, particularly, pilot mobility partnership between Cabo Verde, the European Union and its Member States Spain, France, Holland, Luxembourg and Portugal.

Key words: Euro-African Migration, European Union, Global Approach to Migration and Mobility, Mobility Partnerships, Cabo Verde, Senegal.

(1) El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación «Migración circular y asociaciones de movilidad: hacia un nuevo modelo de gestión de los flujos migratorios entre la Unión Europea y África occidental» (ULPGC2009-02), financiado por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO

I. LA MIGRACIÓN EUROAFRICANA EN EL DISCURSO POLÍTICO DE LA UNIÓN EUROPEA: DE LA EXTERNALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE SEGURIDAD A LA GESTIÓN INTEGRAL Y CONCERTADA DEL FENÓMENO MIGRATORIO.

II. LAS ASOCIACIONES DE MOVILIDAD COMO INSTRUMENTOS DEL ENFOQUE GLOBAL DE LA MIGRACIÓN Y LA MOVILIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA ASOCIACIÓN PILOTO DE MOVILIDAD ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y CABO VERDE.

1. La determinación de los socios y la negociación de las asociaciones de movilidad.

2. La Declaración común. Los objetivos, el programa de acciones y el seguimiento de las asociaciones de movilidad.

III. CONCLUSIONES.

I. LA MIGRACIÓN EUROAFRICANA EN EL DISCURSO POLÍTICO DE LA UNIÓN EUROPEA: DE LA EXTERNALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE SEGURIDAD A LA GESTIÓN INTEGRAL Y CONCERTADA DEL FENÓMENO MIGRATORIO

Teniendo en cuenta la dimensión internacional de gran parte de los flujos migratorios contemporáneos resulta evidente que los efectos de su regulación por parte de determinada comunidad política se dejan sentir inevitablemente más allá de sus fronteras. En el caso de la Unión Europea, el ejercicio de las competencias en materia de visados, asilo, inmigración y libre circulación de personas, comunitarizadas tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, también afecta directamente a terceros países, y a la posición de sus nacionales en el territorio de la Unión, sin que haya mediado su consentimiento. Pensemos en la adopción del listado de terceros países cuyos nacionales están obligados a presentar un visado para estancias de corta duración[(2)], o en las reglas para cruzar las fronteras exteriores establecidas en el Código de Fronteras Schengen. Sin embargo, la regulación autónoma del fenómeno migratorio no resulta suficiente si la UE aspira, por ejemplo, a contener la migración irregular en origen u ordenar el flujo de las migraciones laborales. En consecuencia, la UE, y también sus Estados miembros, han buscado activamente y de modo progresivo el compromiso de terceros países en el control de los flujos migratorios que se originan en o que transitan por su territorio.

(2) Reglamento 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

A pesar de que los desplazamientos migratorios desde África occidental, y en particular desde el África subsahariana, no han sido cuantitativamente los más numerosos[3], los graves incidentes acaecidos en la frontera española de Melilla en el año 2005 y el espectacular incremento en la llegada de pateras y cayucos a las costas canarias hasta el año 2006 determinan que la UE señalase a esta región como un ámbito geográfico de prioridad estratégica. En numerosos análisis de la política migratoria europea se ha argumentado, de hecho, que la pretendida internacionalización de la gestión de los movimientos migratorios debe ser entendida como la progresiva imposición a terceros países de la política europea de seguridad y control de las fronteras exteriores. Uno de los conceptos utilizados comúnmente para definir este fenómeno es el de «externalización» que, de acuerdo con ZAPATA-BARRERO, implica una relación desequilibrada entre países o, lo que es lo mismo, «una relación específica asimétrica, no sólo en términos de poder y de diferencias socio-económicas, sino también en términos de capacidad de respuesta política para un mismo hecho: el movimiento de personas de un país a otro»[4].

Tradicionalmente, el objetivo preferente de los acuerdos entre la UE, o sus Estados miembros, y los terceros países de África occidental en materia migratoria ha sido la lucha contra la inmigración irregular y han buscado, en consecuencia, el compromiso de éstos en cuestiones como el control efectivo de fronteras, la seguridad de los documentos de viaje o la readmisión de inmigrantes irregulares. Una clara muestra de las preferencias en la agenda exterior de la política migratoria europea de la UE y sus Estados miembros ha sido la búsqueda del compromiso de los terceros países en el control remoto de las fronteras exteriores. En este contexto, debemos mencionar el esfuerzo de los Estados miembros por concluir acuerdos bilaterales por el que se establecen patrullas conjuntas en las aguas territoriales de los países africanos (como, en el caso de España, la Operación Gorée en Senegal, proyecto Atlantis, patrullaje marítimo conjunto entre el Servicio Marítimo de la guardia Civil y la Gendarmería Mauritana, Operación Cabo blanco en Mauritania) o las acciones coordinadas por la Agencia Europea de Fronteras (Frontex), como la operación *Hera II* que se desarrolla en 2006 en aguas territoriales de Mauritania, Senegal y Cabo Verde con la participación de varios Estados miembros (España, Italia, Portugal y Finlandia).

La Unión Europea mostró sin ambages cuáles eran las cuestiones de política migratoria que pretendía incluir en la agenda de sus relaciones exteriores durante el Consejo Europeo de Sevilla celebrado el 21 y 22 de junio de 2002. En su discurso político oficial, la Unión apostaba decididamente por priorizar el combate contra la inmigración irregular y el control de fronteras, llegando a amenazar expresamente con llevar a cabo una «evaluación

(3) Tal y como punta GABRIELLI, «es necesario recordar que las migraciones que se realizan entre el África Subsahariana y los países europeos, incluido el caso de España, son cuantitativamente muy reducidas. (…) Precisar estos aspectos resulta fundamental para comprender que su peso político y mediático en la escena española y europea no es en absoluto proporcional a su importancia cuantitativa». GABRIELLI, L., «La inmigración informal en las relaciones entre Europa y África Subsahariana», en CHUECA SANCHO, A. (dir.), *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea,* Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 27.

(4) ZAPATA-BARRERO, R., y ZARAGOZA CRISTIANI, J., «Externalización de la políticas de inmigración en España: ¿giro de orientación política en la gestión de fronteras y de flujos migratorios?», *Panorama Social*, 2008, n. 8, p. 187.

sistemática de las relaciones con terceros países que no colaboren». En las Conclusiones de la Presidencia se insiste particularmente en la necesidad de incluir «una cláusula sobre gestión común de flujos migratorios y sobre readmisión obligatoria en caso de inmigración ilegal en todo futuro acuerdo de cooperación, de asociación o equivalente que la UE celebre con cualquier país»(5). En este sentido, la CE ya había llegado dos años antes del Consejo de Sevilla a un compromiso relativo a la readmisión de inmigrantes irregulares con los países de África, el Caribe y el Pacífico (países ACP) mediante el Acuerdo de Cotonú(6). En esta ocasión, la CE y sus Estados miembros lograron incluir en un acuerdo multilateral para la cooperación al desarrollo económico, social y cultural una cláusula de readmisión [art. 13.5.c)] mediante la que los Estados ACP se comprometen a readmitir a sus nacionales que residan ilegalmente en el territorio de un Estado miembro de la Unión (o viceversa) y en la que, además, se invita a los países signatarios a concluir acuerdos bilaterales que prevean la readmisión de nacionales de terceros Estados y apátridas. Resulta evidente que, aunque la obligación de readmitir a los inmigrantes irregulares es recíproca, ésta recae en la práctica, casi exclusivamente, sobre los países en los que tradicionalmente se han generado o transitado los flujos migratorios. Además de esta cláusula de readmisión en un acuerdo multilateral de objeto más amplio, la UE también ha promovido activamente la conclusión de acuerdos específicos de readmisión con los terceros países que ha ido determinando previamente el Consejo. La Comisión ya ha recibido el mandato para negociar con dieciocho países y, desde al año 2002 hasta la fecha, se han concluido trece acuerdos de readmisión(7). El hecho de que algunos de estos países no hayan firmado la Convención de Ginebra y otros convenios relativos a la protección de los derechos humanos ha motivado serias críticas por parte de algunos miembros del Parlamento Europeo(8). Otra cuestión jurídicamente controvertida respecto a los acuerdos de readmisión es que, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la CE no tenía atribuida expresamente la competencia para obligarse internacionalmente en esta materia. No obstante, y en aplicación de la doctrina

(5) Conclusiones de la Presidencia, cláusula 33.

(6) 2000/483/CE, Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000.

(7) Los países que han concluido un acuerdo de readmisión con la UE son Hong Kong (2002), Macao (2003), Sri Lanka (2004), Albania (2005), Rusia (2006), Ucrania, Moldavia, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, Serbia y la Antigua República Yugoslava de Macedonia (2007), Pakistán (2009) y Georgia (2010).

(8) Sirva como ejemplo la pregunta formulada a la Comisión con solicitud de respuesta oral formulada en el Pleno de 7 de julio de 2010 por Sylvie Guillaume y Claude Moraes, en nombre del Grupo S&D; Hélène Flautre y Judith Sargentini, en nombre del Grupo Verts/ALE; Cornelia Ernst, Rui Tavares y Marie-Christine Vergiat, en nombre del Grupo GUE/NGL; Malika Benarab-Attou:¿Qué garantías puede ofrecer la Comisión al Parlamento Europeo en términos de transparencia y de derecho a la información respecto de los procesos de negociación de estos acuerdos? ¿Qué garantías puede ofrecer la Comisión en los casos en que estos países no sean signatarios de la Convención de Ginebra o de otros convenios relativos a la protección de los derechos fundamentales? ¿No debería ser la firma de estos convenios una condición previa para la firma de este tipo de acuerdos? Dada la ausencia de un sistema uniforme de asilo en Europa y los riesgos de devolución siempre presentes, esto último parece indispensable. ¿Cómo es posible, en su calidad de legislador, aprobar tales acuerdos sin disponer, desde la entrada en vigor del primer acuerdo de este tipo en 2004, de algún tipo de evaluación detallada de la eficacia de estos instrumentos y del seguimiento de su aplicación? ¿Es legítimo autorizar a los Estados miembros a que procedan a repatriaciones cuando no se dispone de respuesta del país tercero en los plazos previstos respecto de la solicitud de readmisión de uno de sus nacionales, de nacionales de terceros países que hayan transitado por ese país o de apátridas? ¿No deberían mencionar explícitamente estos acuerdos de la ayuda a la reinserción de las personas readmitidas?».

AETR[9], como quiera que la CE ya contaba con competencias en el ámbito interno para la lucha contra la inmigración irregular también estaba facultada implícitamente para contraer las obligaciones internacionales necesarias para la consecución de este objetivo[10].

En lo que respecta al continente africano, la Unión Europea no ha podido concluir ninguno de los acuerdos de readmisión que habían sido propuestos por el Consejo: las negociaciones abiertas con Marruecos desde el año 2000 no han prosperado y, de acuerdo con la propia Comisión, tampoco existen indicios que permitan pensar en una próxima conclusión. En el caso de Argelia, a pesar de que existe mandato del Consejo, las negociaciones ni siquiera han sido formalmente abiertas por «falta de incentivos»[11]. Finalmente, el mandato del Consejo de junio de 2009 para la negociación con la República de Cabo Verde, todavía bastante reciente, es una de las consecuencias derivadas de la asociación piloto de movilidad que tendremos la ocasión de analizar en apartados sucesivos. En cualquier caso, a la hora de negociar los acuerdos de readmisión, la Comisión Europea ha sido consciente de la dificultad de imponer, sin más, las prioridades de la UE en política migratoria marcadas por el Consejo Europeo de Sevilla[12]. Ya en su Comunicación de diciembre de 2002, «Integración de las cuestiones migratorias en las relaciones exteriores de la UE», la Comisión manifestaba que los acuerdos de readmisión «sólo llegarán a buen fin si forman parte de un programa de cooperación más amplio, que tenga debidamente en cuenta los problemas a que se enfrentan los países interlocutores para hacer frente a los temas relacionados con la migración»[13]. En este sentido, la Comisión consideraba que había que ofrecer incentivos («medios de persuasión») para conseguir la cooperación efectiva de los terceros países y que, a medio plazo, el diálogo no podía limitarse al control de la inmigración ilegal y la readmisión, sino que debería abordar cuestiones como las causas profundas de la emigración y las posibilidades de abordarlas de manera global, la política comunitaria de inmigración legal (incluyendo la posibilidad de ofrecer permisos de trabajo temporales), la mejor integración de los emigrantes legales que viven y trabajan en la UE, la educación y la inserción profesional de los po-

(9) Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1971, asunto 22/70, Comisión v. Consejo (asunto AETR, Accord Européen de Transport Routier).

(10) Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el art. 79.3 TFUE sí prevé expresamente que la Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros. Además, este tipo de acuerdos internacionales deberán ser aprobados en adelante con arreglo al procedimiento de codecisión, lo que posibilita el control político por parte del Parlamento Europeo.

(11) De acuerdo con la propia Comisión Europea, «estos acuerdos suponen escasas ventajas para los terceros países, que por lo general desean recibir algo a cambio de la conclusión de un acuerdo de readmisión con la UE», Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo «Evaluación de los acuerdos de readmisión de la UE», COM(2011) 76 final, p. 7.

(12) En este sentido, Sergio CARRERA y Raúl HERNÁNDEZ I SAGRERA: «Broadening the scope of migration issues in the EU's external relations to cover labour policies was considered a necessary incentive and compensatory measure for convincing third countries to negotiate readmission agreements and digest EU approach to curbing irregular migration», CARRERA, S., y HERNÁNDEZ I SAGRERA, «The Externalisation of the EU's Labour Inmigration Policy: Towards Mobility or Insecurity Partenrships?», *Centre for European Policy Studies Working Document* n. 321/octubre de 2009, p. 19.

(13) Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al consejo y al Parlamento Europeo «Integración de las cuestiones de migración en las relaciones de la Unión Europea con terceros países», 3 de diciembre de 2002, COM(2002) 703, p. 26.

tenciales migrantes en sus países de origen o la promoción de la «circulación de cerebros», es decir, la movilidad de los inmigrantes cualificados que residen legalmente en la UE y desean contribuir al desarrollo de su país de origen.

Como respuesta a la tragedia humanitaria vivida en la frontera española de Ceuta y Melilla en septiembre de 2005, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros reunidos en Hampton Court el 27 de octubre también vienen a reconocer la necesidad de abordar el fenómeno migratorio de manera integral y en espíritu de asociación con terceros Estados y encargan a la Comisión la tarea de fijar una lista de prioridades de actuación en materia migratoria prestando una especial atención a los flujos migratorios procedentes de África. En su Comunicación «Acciones prioritarias para hacer frente a los desafíos de la migración: Primera etapa del proceso de seguimiento de Hampton Court» (14), la Comisión insiste en la necesidad de entablar «un diálogo equilibrado sobre un amplio abanico de cuestiones relacionadas con la migración, en colaboración con la Unión Africana, las organizaciones regionales interesadas y los Estados africanos». Además de luchar contra el tráfico de emigrantes y la trata de seres humanos, la Comisión invita a abordar las causas profundas de la migración, como la pobreza o la inseguridad, a favorecer los vínculos entre la migración y el desarrollo así como a proporcionar una visión global de las posibilidades y procedimientos de inmigración legal en los Estados miembros. El nuevo discurso político sobre gestión de migraciones se hace oficial tras el Consejo Europeo de Bruselas de 15 y 16 de diciembre de 2005 en el que se adopta el «Enfoque Global de la Migración». En las conclusiones de la Presidencia se plantea «la necesidad de contar enfoque equilibrado, global y coherente que abarque medidas orientadas a luchar contra la inmigración ilegal y aproveche, en cooperación con terceros países, los beneficios de la migración legal». La adopción de este enfoque global implica que la política migratoria debe trascender del ámbito de la seguridad interior y ser integrada en otras áreas de acción europea como el empleo, la cooperación al desarrollo y la acción exterior. En este sentido, el Consejo apuesta por reforzar el diálogo y la cooperación con los países «en un espíritu de asociación y habida cuenta de las circunstancias de cada país afectado» (15).

En el Anexo I de las Conclusiones de la Presidencia se proponen un conjunto de medidas prioritarias centradas en África y el Mediterráneo que deberían ser desarrolladas «a través de una colaboración auténtica». Entre la lista de acciones inmediatas propuestas por el Consejo se encontraba la celebración de la Conferencia ministerial euro-africana sobre Migración y Desarrollo que finalmente tiene lugar en Rabat en julio de 2006. En este encuentro de dimensión regional, organizado conjuntamente por España, Francia y Marruecos y cofinanciado por la Comisión, los países involucrados, entre los que se contaban los Estados miembros, Noruega, Islandia, Suiza y hasta 27 países de África occidental, central y septentrional (con la notable excepción de Argelia) apuestan por la creación y el desarrollo de un partenariado, de una asociación estrecha, que deberá trabajar en el marco de un «enfoque global, estable, pragmático y operativo con respeto por los derechos humanos y la dignidad de los migrantes

(14) Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Prioridades de actuación frente a los retos de la inmigración: Primera etapa del proceso de seguimiento de Hampton Court» de 30 de noviembre de 2005, COM (2005) 621 final.

(15) Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Bruselas de 15 y 16 de diciembre de 2005, p. 2.

y los refugiados». La Declaración de Rabat, que asume claramente los principios del Enfoque Global de la UE, se acompaña de un plan de acción en el que se enumeran una serie de compromisos genéricos en relación a la promoción al desarrollo, el establecimiento de programas de cooperación en la gestión de la migración legal (orientados a la simplificación de los procedimientos de migración legal, la mejora de la información sobre las necesidades del mercado de trabajo europeo y el establecimiento de planes de migración temporal que prevean el regreso de los emigrantes a sus países de origen) y la lucha contra la inmigración irregular, el tráfico de personas y la cooperación policial. El mismo año en que se abre el Proceso de Rabat también se impulsa el diálogo sobre migraciones, a escala continental, entre la UE y la Unión Africana. Los días 22 y 23 de noviembre de 2006 se celebra en Trípoli la Conferencia Ministerial UE-África sobre migración y desarrollo en la que también se viene a establecer una asociación entre países de origen, de tránsito y de destino de los flujos migratorios para su gestión integral y equilibrada y con un «espíritu de responsabilidad compartida y de cooperación». La Declaración conjunta África-UE sobre Migración y Desarrollo llega a identificar hasta nueve áreas de cooperación migratoria (migración y desarrollo; retos sobre la gestión de la migración; paz y seguridad; recursos humanos y fuga de cerebros; derechos humanos y bienestar del individuo; buenas prácticas; oportunidades para la migración regular; migración ilegal o irregular; protección de los refugiados) que, en cualquier caso, deben ser coherentes con la estrategia global de la UE para África, es decir, la realización de los objetivos del milenio, la promoción del desarrollo sostenible, la seguridad y la buena gobernanza. El proceso de diálogo abierto en Rabat se refuerza en noviembre de 2008 durante la II Conferencia Ministerial Euro-africana sobre Migración y Desarrollo celebrada en París, en la que se adopta un Programa de Cooperación Trienal (2008-2011) que invita a desarrollar una serie de acciones multilaterales y bilaterales alrededor de los mismos ejes de intervención: organización de la migración legal, lucha contra la inmigración irregular y fortalecimiento de las sinergias entre migración y desarrollo. Este programa ha sido evaluado recientemente durante la III Conferencia Ministerial Euro-africana celebrada en Dakar los días 22 y 23 de noviembre de 2011, en la que también se ha adoptado la estrategia para el próximo trienio (2012-2014).

El discurso político propuesto en el enfoque global se traslada, de este modo, a las declaraciones adoptadas en los foros internacionales, regionales y continentales, en los que se han implicado a partir de entonces la UE, los Estados miembros y los terceros países africanos. Ahora bien, no son pocos los autores que han advertido que el pretendido modelo de gestión concertada del fenómeno migratorio propuesto por la UE sigue siendo en realidad un mal disimulado intento de transferir su política de seguridad, esta vez, a cambio de ciertas concesiones. En este sentido, GABRIELLI se refiere gráficamente a «la lógica del palo y la zanahoria» mediante la que se presentan «acuerdos comerciales, promesas de inversión, oferta de ayuda al desarrollo, cuotas migratorias como instrumentos de presión para la colaboración en la lucha contra la inmigración irregular, control de fronteras y compromiso de readmisión»[(16)]. En el presente estudio nos aproximaremos a los acuerdos sobre flujos migratorios celebrados tras la adopción del enfoque global entre la Unión

(16) GABRIELLI, L., «La inmigración informal en las relaciones entre Europa y África Subsahariana», en CHUECA SANCHO, A. (dir.), *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea,* Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 31-32.

Europea, sus Estados miembros y los países de África occidental, para averiguar hasta qué punto los compromisos adquiridos suponen un avance significativo hacia la gestión integral y concertada o si, en cambio, vienen, en la práctica, a perpetuar el modelo de política de seguridad exterior impuesta por la «Fortaleza Europa». Entre los múltiples acuerdos internacionales, de muy variada naturaleza, que han ido conformando un incipiente régimen euro-africano de gobernanza migratoria, nos detendremos particularmente en el análisis de los acuerdos de nueva generación conocidos como asociaciones (o partenariados) de movilidad que han sido presentadas por la UE como instrumentos de concertación migratoria inspirados en los principios del enfoque global. Antes de pasar al estudio de las asociaciones de movilidad, debemos constatar que, inspirándose en el modelo europeo de gestión integral y concertada de los flujos migratorios, los Estados miembros también han concluido en los últimos años múltiples acuerdos bilaterales con terceros países de África occidental. Sin duda, los Estados miembros que se han mostrado más activos a este respecto en este área geográfica son Francia y España[17].

II. LAS ASOCIACIONES DE MOVILIDAD COMO INSTRUMENTOS DEL ENFOQUE GLOBAL DE LA MIGRACIÓN Y LA MOVILIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA ASOCIACIÓN PILOTO DE MOVILIDAD ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y CABO VERDE

En la misma Comunicación en la que la Comisión hace un balance sobre el primer año de la política migratoria tras la adopción del Enfoque Global[18] se fija el objetivo de «acordar paquetes de medidas de movilidad con varios terceros países interesados que permitieran que sus ciudadanos tuvieran mejor acceso a la UE», siempre y cuando se haya garantizado previamente la cooperación en el combate contra la inmigración irregular y exista el compromiso con la readmisión[19]. Los «paquetes» de movilidad son concebidos en esta comunicación como un marco global para gestionar las diversas formas de desplazamiento legal

(17) Entre los países africanos que han concluido acuerdos relativos a la gestión concertada de los flujos migratorios y al desarrollo solidario con la República francesa se encuentran la República de Senegal (2006), Gabón, Congo, Benín (2007), Mauricio, Cabo Verde (2008), Burkina-Faso, Camerún (2009). Por su parte, España ha concluido acuerdos marco de cooperación en materia de inmigración, de distinta naturaleza jurídica, con la República de Gambia [Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Gambia, hecho «ad referendum» en Banjul el 9 de octubre de 2006 (BOE n.º 310 de 28/12/2006)], la República de Guinea Conakry [Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea, hecho «ad referendum» en Conakry el 9 de octubre de 2006 (BOE n.º 26, de 30/1/2007 y corrección de erratas, BOE n.º 80, de 3-4-2007)], Malí [Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Malí de 3 de enero de 2007 (BOE n.º 135, de 4 de junio de 2008 y n.º 130 de 29 de mayo de 2008)], la República de Cabo Verde [Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde, hecho «ad referendum» en Madrid el 20 de marzo de 2007 (BOE n.º 39, de 14-2-2008)] y la República de Guinea Bissau [Acuerdo de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea-Bissau, hecho en Bissau el 27 de enero de 2008 y Canje de Notas de fechas 11 de julio y 29 de septiembre de 2008 efectuando las ratificaciones].

(18) Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «El Planteamiento global sobre la migración un año después: Hacia una política global europea en materia de migración» de 30 de noviembre de 2006, COM(2006) 735 final.

(19) COM(2006) 735 final, p. 8.

entre la UE y los terceros países que debería integrar todas las posibilidades de migración regular ofrecidas por los Estados miembros y la Comunidad Europea, respetando, eso sí, la distribución de competencias en política migratoria. En el mismo sentido, el Consejo Europeo de Bruselas celebrado bajo presidencia finlandesa el 14 y 15 de diciembre de 2006 propone «incorporar oportunidades de migración legal a la política exterior de la Unión con objeto de desarrollar una asociación equilibrada con los terceros países, adaptada a las necesidades específicas de los mercados laborales de los Estados miembros». En las Conclusiones de la Presidencia, también se invita a la Comisión a presentar «propuestas pormenorizadas sobre cómo organizar las diversas formas de circulación legal entre la UE y terceros Estados y sobre cómo informar sobre ellas».

La respuesta de la Comisión se concreta en la Comunicación sobre migración circular y asociaciones de movilidad entre la UE y terceros países, de 16 de mayo de 2007 (20). Esta comunicación, que tendremos la ocasión de ir analizando en los apartados sucesivos, viene a establecer los principios básicos sobre los que deberían asentarse las asociaciones de movilidad con aquellos terceros países que, cómo no, estén dispuestos a hacer esfuerzos significativos para luchar contra la inmigración ilegal. La Comisión propone «nuevos planteamientos para mejorar la gestión de la circulación legal de personas entre la UE y los terceros países», y entre las posibles medidas que se podrían adoptar por parte de los Estados miembros se anuncia la flexibilización de los procedimientos de expedición de visados y acceso de los migrantes al mercado laboral europeo, así como «la asistencia financiera o técnica destinada al tercer país, la reinserción de los emigrantes que decidan regresar a su país y la reducción de la fuga de cerebros» (21). Conviene tener presente que la Comisión concibe las asociaciones de movilidad como un instrumento que debería favorecer, de manera particular, un modelo migratorio de carácter circular, es decir, asociado a la contratación temporal y el retorno voluntario de los migrantes a las sociedades de origen. La migración circular, defendida ya en la Comunicación «El nexo entre migración y desarrollo» de 1 de septiembre de 2005 (22), permitiría que los Estados miembros cubriesen «sus necesidades laborales, aprovechando al mismo tiempo los posibles efectos positivos de la migración en el desarrollo y respondiendo a las necesidades de los países de origen en términos de transferencias de conocimientos especializados y de atenuación del impacto de la fuga de cerebros». Aunque no pretendemos entrar en el debate sobre la idoneidad de este modelo migratorio, debemos mencionar las previsibles repercusiones negativas de la migración circular en los derechos laborales de los migrantes, sus derechos de residencia, reagrupación familiar y, en definitiva, en su integración social.

La Comunicación de la Comisión sobre la migración circular y las asociaciones de movilidad es bien acogida por el Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007 (23). Una vez que han sido determinados los principios y los posibles compromisos

---

(20) COM(2007) 248 final.

(21) COM(2007) 248 final, p. 2.

(22) COM(2005) 390 final.

(23) Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007: «Unas asociaciones específicas con terceros países en materia de migración podrían contribuir a una política de migración coherente que combine medidas que faciliten unas posibilidades de migración legal bien gestionadas y sus beneficios —dentro del respeto de las competencias de los Estados miembros y de las necesidades particulares de sus respectivos

que podrían recogerse en las asociaciones de movilidad, el Consejo de Asuntos Generales de la Unión Europea, en su reunión de 10 de diciembre, insta a la Comisión a iniciar conversaciones exploratorias con la República de Moldavia y la República de Cabo Verde con el fin de concluir sendas asociaciones piloto de movilidad. Tal y como comprobaremos en el próximo apartado, los países escogidos por el Consejo se encuentran en las áreas geográficas de prioridad estratégica definidas por la UE: África y Europa Oriental. En el caso de la República de Moldavia, se trata de un país socio de la Política Europea de Vecindad que, además, ya había concluido acuerdos de readmisión y de facilitación de visados. Por su parte, Cabo Verde, además de ser un país ACP firmante de los Acuerdos de Cotonú, acababa de concluir una Asociación especial entre la Unión Europea y Cabo Verde, aprobaba por el Consejo de la Unión Europea el 19 de noviembre de 2007, que, entre otras cosas, se acompaña de un plan de acción relativo a la cooperación en materia migratoria. Tampoco podemos obviar las tradicionalmente intensas relaciones de cooperación en materia migratoria con Portugal, país que por entonces ostentaba la presidencia europea. La Declaración conjunta que viene a establecer las asociaciones piloto de movilidad con la República de Cabo Verde se firma finalmente el 5 de junio de 2008[24]. Ese mismo mes, el Consejo de la Unión Europea invita a la Comisión a iniciar las conversaciones para concluir nuevas asociaciones de movilidad con Georgia (como muestra del apoyo europeo en el conflicto con Rusia) y Senegal. Mientras que las negociaciones con Georgia prosperan y cristalizan en la Declaración Conjunta sobre la Asociación de Movilidad entre la Unión Europea y Georgia, de 30 de noviembre de 2009, las conversaciones sobre la posible asociación con Senegal no prosperan. Apuntaremos, también en el siguiente apartado, algunos de los problemas que han impedido llegar a un acuerdo con el país africano. Finalmente, en el Informe anual sobre Inmigración y Asilo (2010)[25], la Comisión anunciaba el progreso de las conversaciones sobre nuevas asociaciones de movilidad con Armenia y Ghana. Considerando que la única asociación concluida en este caso es la de la República Armenia[26], podríamos concluir que las negociaciones con los países situados al este de la UE incluidos en la Política Europea de vecindad progresan más fácilmente que con los países de África occidental.

Recientemente, en la Comunicación de 18 de noviembre de 2011 que actualiza el Enfoque Global de la Migración y la Movilidad[27], la Comisión declara que las asociaciones de movilidad ya han superado la fase piloto y que en el futuro deben fomentarse como «el marco principal de cooperación en el ámbito de la migración y la movilidad entre la UE y sus socios». Por otra parte, y respondiendo a la Primavera Árabe y los sucesos acontecidos

---

mercados laborales— con medidas que combatan la inmigración ilegal, protejan a los refugiados y ataquen las causas generadoras de la migración, incidiendo positivamente, al mismo tiempo, en el desarrollo de los países de origen».

(24) Consejo de la Unión Europea, Declaración común sobre una asociación para la movilidad entre la UE y la República de Cabo Verde, 9460/08 add 2, Bruselas, 21 de mayo de 2008.

(25) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y el Consejo, Informe Anual sobre Inmigración y Asilo, COM(2011) 291 final.

(26) Consejo de la Unión Europea, Declaración conjunta relativa a una asociación de movilidad entre la Unión Europea y Armenia, 14963/11, Bruselas, 6 de octubre de 2011.

(27) Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Enfoque Global de la Migración y la Movilidad» de 18 de noviembre de 2011, COM(2011) 743 final.

en la ribera sur del Mediterráneo durante 2011, la Comisión determina que, en relación a la política exterior migratoria de la UE, la primera prioridad debe ser la política de vecindad de la UE, en particular la Asociación con el Mediterráneo Meridional. La Comisión anuncia que ha iniciado diálogos sobre migración, movilidad y seguridad con Túnez y Marruecos y que, en cuanto la situación política lo permita, iniciará las conversaciones con Egipto y Libia. En principio, «estos diálogos, permiten a la UE y los países socios debatir exhaustivamente todos los aspectos de su posible cooperación en la gestión de los flujos migratorios y la circulación de las personas con el fin de establecer Asociaciones de Movilidad»[(28)].

1. La determinación de los socios y la negociación de las asociaciones de movilidad

El conjunto de compromisos relativos a la gestión de flujos migratorios que podrían ser incluidos en una asociación de movilidad afectan a una variedad de ámbitos competenciales que se encuentran repartidos entre la UE y sus Estados Miembros. Estos acuerdos integran distintas áreas de acción política que en gran parte de los casos corresponde implementar a los Estados miembros. En cualquier caso, la participación de los Estados miembros es voluntaria y obedece a los intereses geopolíticos en relación al tercer país seleccionado por el Consejo de la Unión Europea. Además, cada Estado miembro participante conserva la autonomía en su política migratoria en la medida en que el número e intensidad de los compromisos adquiridos también es variable. Las dimensiones que un Estado miembro da a la asociación están determinadas por su propio marco jurídico, así como sus prioridades políticas. Aunque uno de los objetivos de las asociaciones de movilidad es la armonización de la política migratoria de los Estados miembros, sin invadir las competencias nacionales, lo cierto es que no existe ninguna garantía de que estos compartan un mismo conjunto de acciones coherentes. Se trata, en definitiva, de un ejemplo más de integración diferenciada en el seno de la Unión Europea. En relación al número de Estados miembros participantes, debemos señalar que mientras que en los partenariados concluidos con los tres países asociados a la Política Europea de Vecindad el número de Estados miembros es bastante elevado (quince en el caso de Moldavia, dieciséis en el de Georgia, y diez en el caso de Armenia), en el caso de la Asociación piloto de movilidad con Cabo Verde se reduce a cinco: España, Francia, Holanda (que se incorpora a la asociación después de la firma de la Declaración conjunta), Luxemburgo y Portugal.

En cuanto a la selección de los terceros países asociados, el Consejo de la Unión Europea debe respetar los criterios que han sido establecidos en las comunicaciones de la Comisión, es decir, un equilibrio geográfico entre Europa Oriental y África, la importancia de los flujos migratorios desde y a través del país, la disposición del tercer país a cooperar en la readmisión y la lucha contra la inmigración ilegal así como el interés de los Estados miembros en cooperar con el país en cuestión. En el proyecto de Conclusiones de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea sobre las asociaciones de movilidad de 12 de noviembre de 2009 se declara expresamente que «el proceso previo a la selección debería incluir una reflexión más estratégica sobre los temas de migración sobre la base

(28) COM(2011) 743 final, p. 2.

del Enfoque Global, examinando también las rutas migratorias, y tener en cuenta todos los aspectos políticos pertinentes de la relación de la UE con cada país interesado, así como los objetivos que los Estados miembros de la UE interesados y la Comisión deseen alcanzar junto con el país asociado en el marco de cada asociación de movilidad». En el caso de Cabo Verde, la elección pudo estar motivada, además de por su relación «privilegiada» con la UE en virtud de la Asociación especial antes mencionada, por su posición estratégica en la ruta migratoria del Atlántico sur, su escaso peso demográfico y el apoyo decidido de la presidencia portuguesa. Por su parte, Senegal reunía bastantes condiciones como para presentarse como un candidato ideal. Debemos destacar, en primer lugar, su posición estratégica en el Atlántico y el hecho de que los movimientos migratorios hacia Europa que se originan en su territorio cuentan con muchos ciudadanos de otros Estados de África occidental(29). Además, la cooperación en política migratoria con algunos Estados miembros ya era bastante sólida. En este sentido, conviene destacar el acuerdo de nueva generación relativo a la gestión concertada de flujos migratorios entre el Gobierno de la República francesa y el Gobierno de la República de Senegal firmado en Dakar el 23 de septiembre de 2006 y en el que se llega a identificar una lista de 108 profesiones para las que se debería facilitar permiso de trabajo a favor de los migrantes senegaleses. En el caso de España, la cooperación en materia migratoria ya se había concretado en varios acuerdos para la vigilancia conjunta de la costa senegalesa (operación Gorée, operación Hera) y mediante el Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción, hecho «ad referendum» en Dakar el 5 de diciembre de 2006.

En cuanto al proceso de negociación de las asociaciones de movilidad, los representantes de la Comisión, adscritos a la Dirección General de Justicia e Interior, la Dirección de Relaciones Exteriores o la Dirección General de Desarrollo, invitan al tercer Estado a identificar sus intereses, necesidades, expectativas y capacidades de coordinación para una asociación de movilidad. Al mismo tiempo, la Comisión se acerca a los Estados miembros que, *a priori*, están interesados en implicarse en la asociación para averiguar hasta qué punto están dispuestos a avanzar en la apertura de su mercado de trabajo o facilitar cualquier otro tipo de apoyo operativo. En el informe de septiembre de 2009 que evalúa las primeras asociaciones de movilidad(30), la Comisión considera necesario establecer una fase de consultas previa a las negociaciones que debería servir para evitar falsas expectativas y para identificar objetivos compartidos. Asimismo, y posiblemente como consecuencia del fracaso de las negociaciones con Senegal, la Comisión advierte que en el futuro sería conveniente establecer unos plazos para las negociaciones, y dejar abierta la posibilidad de abandonar los esfuerzos inútiles. En cuanto a los terceros países

(29) En este sentido, CHOU y GIBERT: «Cape-Verde is thus clearly expected to play the role of gate-keeper, but one notable difference with Senegal is that, in the words of one of our European interviewees in Dakar, "the mobility partnership with Cape Verde was effectly about managing Cape Verdeans' mobility, whereas the partnership with Senegal would clearly be about regulating the flows of Senegalese and other West African migrants"», CHOU, M.H. y GIBERT, M., «From Cotonou to Circular Migration: the EU, Senegal and the Agreement Duplicity», en *Migration: A World in Motion*, Maastricht, Países Bajos, febrero de 2010, p. 10.

(30) Commission Staff Working Document «Mobility partnerships as a toll of the Global Approach to migration», de 18 de septiembre de 2009, SEC(2009) 1240 final.

que participan en las asociaciones piloto, la Comisión considera que tenían una idea clara sobre sus expectativas y sobre los acuerdos que querían ver reflejados en la asociación de movilidad. Por parte de la República de Cabo Verde, se hace hincapié en los aspectos relativos a la seguridad y la movilidad, mientras que en los Estados miembros participantes existía una clara voluntad de reflejar las cuestiones relativas a la inmigración ilegal. En relación a Senegal, la Comisión destaca que a pesar del interés inicial expresado por las autoridades senegalesas, las negociaciones no progresaron. Aunque el proceso de negociación no es público y resulta difícil, por lo tanto, determinar las causas exactas del fracaso de las negociaciones, CHOU y GIBERT presentan algunas conclusiones basadas en entrevistas a los actores involucrados. Por una parte, los negociadores europeos denuncian una actitud contradictoria de las autoridades senegalesas en su intención por controlar los flujos migratorios: a pesar de que la lucha contra la inmigración irregular se presenta como una prioridad política no existe un compromiso decidido por controlar todas las formas de emigración(31). Los representantes senegaleses denuncian que la UE y los Estados miembros se sientan a negociar con una propuesta prácticamente cerrada que no admite modificaciones(32). Además, tras el análisis de la propuesta europea, no se adivina cuál puede ser el valor añadido de la asociación respecto a los acuerdos migratorios que se han ido alcanzando con los Estados miembros(33). En este sentido, el Gobierno senegalés consideró que la asociación sólo conllevaría un incremento de las limitaciones a la emigración reduciendo la flexibilidad de los diferentes acuerdos que ya estaban en vigor(34).

---

(31) «The Senegalese government's own attitude towards Senegalese emigration can seem, at times, contradictory. Current President Abdoulaye Wade (2000-) has designated the creation of youth employment and the fight against the emigration of young Senegalese a priority for his presidency. This was to be done, in particular, through the rehabilitation of the country's agricultural sector and the creation of employment in this sector – and determination to make this employment more attractive to young Senegalese men and women – through the Reva (Retour vers l'Agriculture – Return to Agriculture) Plan in 2006. Reva's results, along with the Wade presidency's success in rehabilitating the agricultural and forestry sectors, are the object of much controversy. Behind this official position, however, observers note that Senegal's diaspora contributes essential remittances to the country's economy – 7.1% of the GDP in 2006 (World Bank 2008) – and are deemed to play an important political role too, a fact reflected in the existence of a ministry specifically dedicated to the Senegalese living abroad (Ministère des Sénégalais de l'Extérieur). Other observers also note that the Mourides, a Muslim brotherhood with a large following in Senegal and increasing political leverage, have facilitated the emigration of many young Senegalese through their trade and business networks, in the hope of increasing their political leverage by becoming a key-player on the issue. It has also been suggested, finally, that emigration provides a way out for angry and frustrated young people who might otherwise resort to political violence in Senegal (FR01, 9 October 2009). Although these last two hypotheses must be taken with some caution, they contribute to explaining, along with the economic and political role played by the diaspora, why the Senegalese government's attitude towards European offers to cooperate more closely on migration issues can seem at times ambiguous if not outright contradictory», CHOU, M.H. y GIBERT, M., op. cit., pp. 4-5.

(32) «For instance, a Senegalese official, who had access to the negotiations and had submitted observations on the draft European Mobility partnerships, remarked that, "as often with these issues, Europe came with a finished Project" and did not consider it necessary to consult the Senegalese views», CHOU, M.H. y GIBERT, M., op. cit., p. 8.

(33) «Interviewees also stressed that the uncertainty concerning whether a separate a EU-Senegalese mobility partnership World be "value-added" to either party was an instrumental factor accounting for the current negotiation stalemate», CHOU, M.H. y GIBERT, M., op. cit., p. 8.

(34) «What has been suggested on numerous occasions, is that the Senegalese government feared that a mobility partnership would considerably increase the constraints linked to the management of migration towards Europe and reduce the flexibility of the currents arrangements», CHOU, M.H. y GIBERT, M., op. cit., p. 10.

2. La Declaración común. Los objetivos, el programa de acciones y el seguimiento de las asociaciones de movilidad

A diferencia de otros instrumentos como los acuerdos de facilitación de visados o los acuerdos de readmisión, las Declaraciones conjuntas que ponen en marcha las asociaciones de movilidad son poco más que una manifestación de intenciones, sin el valor jurídico de un tratado internacional. Resulta evidente, tal y como se indica nítidamente en las propias Declaraciones conjuntas, que las disposiciones contenidas no se han concebido con el fin de crear derechos u obligaciones de derecho internacional. A pesar de las carencias evidentes desde el punto de vista del Estado de Derecho y, en particular, su nulo control parlamentario o jurisdiccional, el Consejo de la Unión Europea señala como ventaja evidente que las Declaraciones conjuntas son instrumentos adecuados «que permiten establecer rápidamente dichas asociaciones y garantizar el carácter abierto, flexible y voluntario de las mismas»[(35)]. Como herramientas al servicio del enfoque global, las asociaciones de movilidad deben abarcar, necesariamente, una pluralidad de aspectos derivados del fenómeno migratorio y contribuir a la consecución de varios objetivos. No obstante, el contenido de las asociaciones se adaptará a las particularidades del tercer país afectado y al nivel de compromisos que esté dispuesto a asumir. En todas las asociaciones de movilidad se identifican tres áreas de actuación que se corresponden con los tres grandes ejes del Enfoque Global: Movilidad, migración legal e integración; Migración y desarrollo; Gestión de fronteras, identidad y documentos de viaje, lucha contra la inmigración clandestina y tráfico de seres humanos. Además del listado de objetivos correspondientes a cada área de actuación, enunciados en el cuerpo de la Declaración conjunta, se acompaña de un listado de iniciativas más concretas para la implementación de los objetivos enunciados en el cuerpo de la Declaración conjunta. En el caso de Cabo Verde la lista de actividades propuestas alcanza treinta y un proyectos que se clasifican en seis apartados: Seguimiento y conocimiento de los flujos de migración; Empleo, gestión y facilitación de la migración legal e integración; movilidad y visados para estancias de corta duración; Lazos entre migración y desarrollo, diásporas, remesas de dinero; Asilo e inmigración; Colaboración en materia de gestión de fronteras, documentos de identidad y de viaje, lucha contra la inmigración clandestina y trata de seres humanos.

En cuanto a los objetivos enumerados en el cuerpo de la Declaración conjunta respecto a la Gestión de fronteras, documentos de identidad y de viaje, lucha contra la inmigración clandestina y la trata de seres humanos debemos destacar el claro acento que se pone en el ámbito del control de las fronteras marítimas. En los apartados 9 y 10 de la Declaración se anuncia el compromiso de facilitar «proyectos de hermanamiento» con los Estados miembros coordinados por Frontex, así como al desarrollo de una «amplia cooperación operativa» entre la Agencia europea y las autoridades de Cabo Verde. En el programa de actividades relacionadas con esta área de actuación, bastante completo, se especifica que el amplio acuerdo operativo entre Frontex y la Policía Nacional caboverdiana incluirá medidas relacionadas con el «intercambio de información y el análisis del riesgo, la formación, la investigación y el desarrollo, la coordinación de medidas operativas conjuntas, y de un

(35) Conclusiones de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea sobre las asociaciones de movilidad de 12 de noviembre de 2009, COM(2007).

debate activo sobre la mejora del equipamiento técnico y la tecnología en las fronteras, explorando las posibilidades de desarrollar la cooperación en el ámbito de las operaciones de retorno conjuntas, del desarrollo de buenas prácticas, así como de la mejora de la interoperatividad práctica entre las organizaciones de guardias fronterizos de los Estados miembros y de Cabo Verde» (Anexo relativo a las actividades propuestas. Apartado 6.ii). Siguiendo con los compromisos relativos a la gestión de fronteras, España, el Estado miembro más interesado en estas cuestiones, promueve las operaciones de patrulla y vigilancia contra los flujos migratorios irregulares, así como recursos y formación para el control aéreo, además de la implantación de un centro de cooperación como un paso más para avanzar en el proyecto *Seahorse.* Por su parte, la Policía Nacional caboverdiana se compromete a adoptar el programa de formación *«Frontex Common Core Curriculum for Border Guard Training»* y el de formación avanzada en materia de falsificación de documentos. Aunque en este capítulo no existe un compromiso formal con la readmisión de inmigrantes clandestinos, la Comisión Europea se propone impulsar la negociación de un acuerdo de readmisión de residentes ilegales que, además de los nacionales caboverdianos, cubra a los nacionales de terceros países y apátridas (apartado 6.v).

En cuanto a los compromisos adquiridos en materia de migración y desarrollo merecen destacarse los relativos a facilitar la contribución de la diáspora caboverdiana. De acuerdo con los objetivos marcados, los esfuerzos en este ámbito deben concentrarse de modo particular en la facilitación de las remesas de dinero, la transferencia de competencias y el retorno de los migrantes cualificados. Entre las acciones propuestas a este respecto debemos mencionar el apoyo de Portugal a través del proyecto «DIAS de Cabo Verde», destinado a favorecer la migración circular de migrantes de elevado nivel de cualificación, que ya había sido cofinanciado por la Comunidad Europea en el marco del programa AENEAS[36]. Por su parte, España presta su contribución al desarrollo del programa de «Movilización de las competencias caboverdianas en el extranjero» administrado, al igual que el proyecto DIAS, por el *Instituto das Comunidades*. En relación a este programa, su objetivo consiste en reforzar las capacidades y competencias de los caboverdianos que trabajan en sectores sensibles del país, además de favorecer la contribución de la diáspora cualificada caboverdiana al codesarrollo del país. España y Portugal también se comprometen en la Declaración conjunta a cubrir las necesidades de personal cualificado en el sector sanitario caboverdiano. Por su parte, Francia anuncia un acuerdo bilateral específico que debería incluir un programa de actividades a través del cual los emigrantes caboverdianos podrán contribuir, a través de remesas de dinero, de sus competencias u otros recursos, al desarrollo de Cabo Verde. En efecto, el acuerdo entre el Gobierno de la República francesa y el gobierno de la República de Cabo Verde relativo a la gestión concertada de los flujos migratorios y el desarrollo solidario, firmado en París el 24 de noviembre de 2008, incluye, además de un compromiso de readmisión (art. 4) y de una lista de trabajos abiertos a los solicitantes caboverdianos (anexo II), un artículo relativo al desarrollo solidario mediante en el que se anuncian acciones relativas a la reducción de los costes de las remesas, el apoyo a los proyectos de desarrollo local impulsado por los migrantes caboverdianos, la promoción de la inversión productiva,

(36) Este programa, que ofrecía ayuda financiera y técnica para proyectos de migración y asilo entre los años 2004-2006, ha sido sustituido por el Programa Temático de Cooperación con Terceros Estados en las Áreas de Migración y Asilo.

la movilización de competencias de las élites de la diáspora y el apoyo a las iniciativas promovidas por los jóvenes (art. 7).

En relación a las oportunidades de movilidad, migración legal e integración, debemos señalar que no existe un compromiso de apertura del mercado laboral a los caboverdianos por parte de los Estados miembros ni de facilitación de visados temporales. Los objetivos a este respecto se limitan al compromiso genérico a «promover un marco más favorable para la movilidad legal» o a la facilitación de información sobre los canales de migración legal y las posibilidades de empleo en los Estados miembros, teniendo en cuenta, además, la situación de los mercados de trabajo nacionales. No encontraremos, por consiguiente, ninguna referencia a los compromisos esperados por parte de los Estados miembros que se anunciaban en la Comunicación de 2007 tales como «oferta consolidada de empleo» o «cuotas laborales reservadas a los nacionales de ese tercer país». En relación a la movilidad, la Declaración sólo anuncia el «desarrollo de un diálogo» sobre visados de corta duración y no incluye ninguna referencia a los posibles compromisos a los que se refería la Comisión en este ámbito, tales como el visado de entrada múltiple de larga duración, que debía favorecer la circularidad, o la exención a los solicitantes de visado de las tasas en supuestos determinados. En relación a la movilidad, merece ser destacada la propuesta de Portugal para la creación de un centro común de solicitud de visados de corta duración en Praia. Entre las acciones programadas en relación al empleo, gestión y facilitación de migración legal destacamos el apoyo y expansión del *Centro de Apoio ao Migrante no Pais de Origen* (CAMPO), que tiene como funciones facilitar información sobre oportunidades laborales en los Estados miembros para los potenciales migrantes, ofrecer servicios de preparación y de formación previa a la partida así como asesorar a los migrantes caboverdianos que pretendan regresar con el fin de ejercer una actividad asalariada o independiente. Las propuestas de Portugal en este ámbito se completan con el compromiso para la reforma del protocolo del 18 de febrero de 1997 sobre la migración temporal de trabajadores caboverdianos para prestación de trabajo en Portugal. Las iniciativas de España en relación a la migración laboral se limitan a la promoción de un programa de escuelas taller en Cabo Verde y a un apoyo genérico a las iniciativas de las emprendedoras. Por su parte, Francia, que se había comprometido a abrir un determinado número de actividades profesionales a caboverdianos, incluye en el acuerdo bilateral antes mencionado un anexo de lista de empleos abiertos a solicitantes caboverdianos en los sectores de comercio, electricidad y electrónica, informática, obras y trabajos públicos, mecánica y trabajo de metales, industrias ligeras, mantenimiento, transporte, logística y turismo, gestión y administración de empresas, banca y seguros, industria de procesos, hostelería, restauración, alimentación y servicios a la comunidad. Este acuerdo también incluye, en su artículo 2, un compromiso para la facilitación de visados de corta duración y entradas múltiples a favor de ciertas categorías determinadas de personas entre las que se encuentran funcionarios, empresarios, comerciantes, abogados, intelectuales, universitarios, científicos, artistas, deportistas de alto nivel, dirigentes sindicales y organizaciones no gubernamentales.

Finalmente, considerando que la Asociación de Movilidad tiene una vocación de permanencia, las Declaraciones conjuntas prevén la constitución de comisiones de seguimiento integradas por representantes de todas las partes y que se encargan de evaluar la implementación de los compromisos políticos adquiridos. En el caso de la Asociación de Movilidad con Cabo Verde, los signatarios se proponen continuar su diálogo y sus consul-

tas en un espíritu de asociación. En este sentido, se programan encuentros semestrales con el fin de «reevaluar las prioridades» y de continuar desarrollando la asociación.

III. CONCLUSIONES

Hemos comprobado cómo los compromisos contenidos en la Asociación de Movilidad entre la UE y Cabo Verde todavía siguen insistiendo de modo particular en la lucha contra la migración clandestina y el control de fronteras. En este sentido, se podría argumentar que estos acuerdos, aun estando inspirados en el Enfoque Global, sólo presentan promesas por parte de la UE y de los Estados miembros sobre facilitación de visados y ayudas al desarrollo poco concretas a cambio de un compromiso más decidido del tercer país en el control de fronteras. Debemos reconocer, no obstante, que se ha producido un avance respecto a la mera externalización de la política de seguridad europea, especialmente si tenemos en cuenta que, más allá de los objetivos genéricos, se ha puesto en marcha un número significativo de actividades concretas. También debemos destacar que alguna de las promesas relativas a la apertura del mercado laboral europeo se ha terminado concretando mediante la adopción de acuerdos bilaterales inspirados por la propia asociación. Además, conviene tener en cuenta que la implementación de la asociación ha coincidido con una crisis económica con graves repercusiones en el mercado de trabajo europeo. En cuanto a la facilitación de la movilidad, también conviene tener presente que en noviembre de 2008 el Consejo autorizó a la Comisión a comenzar las negociaciones con Cabo Verde para alcanzar un acuerdo sobre facilitación de visados y readmisión. Dicho esto, debemos compartir con CARRERA y HERNÁNDEZ-SAGRERA las críticas a la coherencia interna de las Declaraciones conjuntas: mientras que el preámbulo y el cuerpo de los acuerdos presentan una lista de objetivos comunes que responden al Enfoque Global, las actividades propuestas en el anexo son inconexas y responden a los intereses de cada uno de los Estados miembros. Además, las actividades se describen de manera muy sumaria y no se intuye cómo se desarrollarán ni a qué objetivos corresponden[37]. De hecho, existe el peligro evidente de que los acuerdos de movilidad sean una mera colación de políticas inconexas, fragmentadas, que en muchas ocasiones ya habían sido planeadas anteriormente por los Estados miembros. En este sentido, consideramos que se hace necesario un esfuerzo adicional para asegurar que las iniciativas adoptadas están coordinadas con el fin de responder a todos y cada uno de los objetivos enunciados. Sólo de este modo se podrá garantizar que las asociaciones de movilidad ofrecen un valor añadido respecto a los acuerdos bilaterales de cooperación migratorio ya existentes.

Por otra parte, debemos valorar positivamente la última Comunicación de la Comisión en la que se actualiza el Enfoque Global de la Migración y la Movilidad y en la que se declara que, una vez superada la fase piloto, las próximas asociaciones de movilidad deberán

(37) «The description provided in each of the specific proposals and activities is so limited that it is difficult to envisage how and according to which criteria their effectiveness, sucess and added value are going to be measured and objectively evaluated», CARRERA, S., y HERNÁNDEZ I SAGRERA, «The Externalisation of the EU's Labour Inmigration Policy: Towards Mobility or Insecurity Partenrships?», *Centre for European Policy Studies Working Document* n. 321/octubre de 2009, p. 32.

ofrecer la facilitación de visados sobre la base de un acuerdo de readmisión negociado simultáneamente. Desde nuestro punto de vista, este avance facilitaría en gran medida el desarrollo de las negociaciones para la conclusión de futuras asociaciones. También parece acertada la propuesta de impulsar un nuevo tipo de acuerdos de gestión concertada, el «Programa Común sobre Migración y Movilidad», que pueda permitir un avance en la coordinación de las políticas migratorias en aquellos supuestos en los que los terceros países, la UE y los Estados miembros no puedan asumir todos los compromisos que en el futuro deba implicar la participación en toda asociación de movilidad. Finalmente, esperamos que la anunciada prioridad que tendrán los países del Mediterráneo meridional a la hora de establecer futuras asociaciones de movilidad no implique el desplazamiento del África occidental (subsahariana) como área de interés estratégico. El éxito de las negociaciones entre la Unión Europea y Ghana con vistas a concluir una próxima asociación de movilidad podría contribuir a la proyección de este modelo de gestión migratoria en la región.

VI. LAS LÓGICAS DE LA INMIGRACIÓN SENEGALESA EN ESPAÑA[1]

MERCEDES JABARDO VELASCO

Profesora contratada doctora
Universidad Miguel Hernández (UMH)

RESUMEN

Las lógicas de la inmigración senegalesa en España

Este artículo pretende aplicar el modelo teórico de la economía política al análisis de las migraciones contemporáneas. Combina, por tanto, desde una enfoque histórico y multisituado, el análisis de las instituciones y de las estructuras macro con un enfoque centrado en los actores sociales. Se centra en el análisis de la inmigración senegalesa en España, dibujando las lógicas de la misma a través de tres secuencias, que coinciden con sendos procesos de acomodación y/o inserción de las distintas poblaciones inmigradas.

Palabras clave: Migración senegalesa, transnacionalismo, migración clandestina, multiculturalismo, patrones de acomodación.

ABSTRACT

The logic of senegalese immigration in Spain

This article aims to apply the theoretical model of political economy analysis of contemporary migration. It combines, therefore, from a historical approach, the analysis of institutions and structures with a focus on social actors. It focuses on the analysis of Senegalese immigration in Spain, drawing the logic of it through three sequences that match their own processes of accommodation and / or insertion of different immigrant populations.

Key words: Senegalese migration, transnationalism, illegal migration, multiculturalism, accommodation patterns.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL PRIMER FLUJO ENTRE SENEGAL Y ESPAÑA: SENEGAMBIANOS EN EL MARESME.

III. EL ENFOQUE TRANSNACIONAL.

IV. LOS CLANDESTINOS… REFERENCIA ESPAÑOLA DE UN MODELO GLOBAL.

BIBLIOGRAFÍA.

(1) Este artículo es fruto de distintas investigaciones realizadas por la autora en el campo de las migraciones senegalesas en los últimos veinte años. Pero ha sido elaborado en el marco de investigaciones y debates surgidos en el seno de dos proyectos de investigación I+D+i: "El papel de las fronteras en el establecimiento de las nuevas ciudadanías y relaciones sociales africanas dentro y fuera del continente" (SEJ 2007-67525), dirigido por Albert ROCA (Universidad de Lleida) y "El impacto de la inmigración en el desarrollo: género y transnacionalismo" (SEJ 2007-63179), dirigido por Laura OSO (Universidad de A Coruña). Agradezco también muy especialmente a Víctor Cuesta y a Carmen Grau su invitación para participar en las jornadas que animaron finalmente la redacción de este artículo.

I. INTRODUCCIÓN

Stephen CASTLES, uno de los más agudos analistas de las migraciones internacionales, planteaba recientemente la necesidad de adoptar una teoría comprensiva que diera cuenta de la complejidad y diversidad del proceso en su fase actual. Él incluso sugería un esquema conceptual que desde la economía política ofreciera una perspectiva comprehensiva y holista, histórica y dinámica, capaz de articular global y local, agencia y estructura (CASTLES, 2009:10). No es el único que en este cambio de siglo está proponiendo nuevos ajustes teóricos para analizar un fenómeno que cada vez se distancia más de los modelos que lo han historizado en el pasado. Glick SCHILLER, en esa línea, señalaba incluso la necesidad de trascender el grupo étnico como unidad de análisis en un *paper* que ya era así mismo toda una declaración: *beyond methodological ethnicity* (2008).

¿Cuál es la especificidad de la inmigración senegalesa en España? ¿Cuánto hay de *global* y cuanto de *local* en las lógicas que han articulado los flujos migratorios entre España y Senegal, así como en los procesos de incorporación de los senegaleses en España?

En este artículo responderé a estas cuestiones atendiendo teóricamente a requerimientos como los que plantea S. CASTLES. Presentaré las lógicas de la inmigración senegalesa en España —desligándola de enfoques nacionalistas— a través de tres procesos, que coinciden con procesos de acomodación y/o inserción de distintas poblaciones inmigradas.

II. EL PRIMER FLUJO ENTRE SENEGAL Y ESPAÑA: SENEGAMBIANOS EN EL MARESME

A finales de la década de los setenta, cuando arranca el primer flujo de la inmigración senegalesa hacia España, se está iniciando en Europa un cambio que será sustancial en términos migratorios varias décadas más tarde. Se trata de la irrupción en el sistema migratorio europeo del «modelo mediterráneo». Países tradicionales de emigración se van consolidando a partir de estos años como nuevos países de inmigración. Italia, Portugal, Grecia, Malta y España se afianzan como nuevos destinos migratorios. Se trata de un modelo marcadamente diferente al que caracterizó las migraciones laborales inmediatamente posteriores a la segunda guerra mundial. El modelo migratorio mediterráneo irrumpe coincidiendo con los procesos de deslocalización y desindustrialización, y se consolida en países con una gran actividad económica en el sector informal. Coincide también con la reorientación de las políticas migratorias en los países europeos hacia medidas más restrictivas y el cierre de puertas a la inmigración laboral. Los países del sur de Europa, encaminados todavía —incluso legislativamente— hacia la emigración, tuvieron que adaptar (de forma precipitada en algunos casos, como ocurrió en el caso español) su legislación hacia una realidad nueva y emergente. Así, la legislación en materia de extranjería en el caso de los países del Mediterráneo estuvo condicionada por los criterios de los países del norte, que impusieron a través de la Comunidad Europea a los países del Sur el rol de gendarmes de las fronteras europeas. De hecho, la primera ley orgánica que aprobó el gobierno español en materia de extranjería (LO 7/1985) tenía un claro perfil policial. En España, la LO 7/85 creó la situación jurídica del «inmigrante» y generó la categoría del «ilegal». Aún más, una legislación claramente restrictiva en los países mediterráneos que todavía no contaban con

una presencia significativa de inmigrantes propició que el fenómeno de la inmigración en éstos haya estado ligado a la categoría de ilegalidad.

Que los inmigrantes senegaleses se asentaran en Cataluña ya al finalizar la década de los setenta y no optaran por destinos tradicionales como Francia reflejaba ya este cambio de tendencia. Por una parte, algunas de las comarcas catalanas estaban iniciando la transición hacia una agricultura intensiva con una orientación productiva hacia las frutas y verduras de calidad más en consonancia con una demanda creciente de consumidores occidentales hacía una dieta más saludable. Un cambio productivo que basaba su rentabilidad en la creación de un mercado de trabajo segmentado, con crecientes espacios de gran precariedad cubiertos por una mano de obra especialmente vulnerable. Este modelo productivo que se inició en California —y se extendió por las agriculturas mediterráneas europeas a lo largo de los años ochenta— se sostenía en base a la contratación de trabajadores de origen inmigrante, en situación cada vez de mayor vulnerabilidad jurídica y laboral.

Por otro lado, y visto desde el eje senegalés, se estaban incorporando al fenómeno de la migración internacional áreas desligadas de las zonas de la emigración tradicional hacia Francia. Los inmigrantes que llegaban desde la región de la Cassamance (en el sur de Senegal) a Cataluña no formaban parte de la red social que había ligado el norte del país con Francia en las décadas anteriores. No compartían ni su capital social ni su bagaje. Geográfica, política y étnicamente se sentían más próximos a los grupos afines en territorio gambiano que al resto de Senegal, de donde estaban separados por fronteras políticas (Gambia se inserta y divide Senegal) y naturales. Tanto es así que no puede hablarse estrictamente de migración senegalesa cuando se hace referencia a este primer flujo sino más bien de migración senegambiana. En primer lugar, porque durante la década de los años ochenta las fronteras entre ambos países estaban diluidas en un organismo mayor que fue la confederación senegambiana. En segundo lugar, porque con una historia de independencia todavía joven, los habitantes de la Cassamance aún desarrollaban un sentido de pertenencia mayor en relación a su propio grupo étnico que a esa entidad incipiente que era el nuevo estado-nación. Era habitual encontrar entre este grupo a personas con trayectorias vitales construidas entre Gambia y Senegal. De la misma manera que era habitual que la mayoría de ellos fueran políglotas y se expresaran con desenvoltura en al menos cuatro lenguas africanas. Un bagaje que les permitió moverse por distintos países africanos antes de aterrizar en territorio español. Desconocían, eso sí, las lógicas del mercado de trabajo local y carecían de la cultura migratoria y el bagaje que tenían los grupos con experiencia migratoria previa en países europeos. Lo cual les hacía especialmente vulnerables.

Su proceso de incorporación a la sociedad catalana se dio a través del sector agrícola, y fueron éste y sus condiciones laborales los que definieron las categorías desde donde se construyó el perfil social del inmigrante africano en Cataluña. A la precariedad de las condiciones laborales que colocaban a los senegambianos fuera incluso de la categoría de trabajadores se sumó durante más de diez años la imposición de unas condiciones de vida que los desplazaban fuera de la vida social, mediante sendos procesos de discriminación y segregación espacial. Decía WOLF que las categorías de raza sirven primordialmente para excluir gente de todos excepto de los más bajos peldaños del ejército industrial. En cambio, las categorías étnicas expresan las formas en las que esas poblaciones particulares se relacionan con ciertos segmentos del mercado de trabajo. No se usaban indistintamente. Las

categorías de raza (*negros* e *indios*) reflejaban el proceso político por el que a poblaciones de continentes enteros se les convirtió en suministradoras de fuerza de trabajo excedente y forzado. Cuando estas categorías se usan bajo el capitalismo —continúa— «siguen evocando en nosotros descendencia de esas poblaciones subyugadas y por eso se niega a sus descendientes acceso a porciones elevadas del mercado de trabajo» (WOLF, 1987). En el Maresme las identidades múltiples de los inmigrantes senegambianos quedaron diluidas bajo la categoría de «morenos». Esta categoría racial —con la que se evitaba la expresión «negros» a la que se sustituía— los situaba al margen y justificaba las acciones mediante las que se les excluyó socialmente y se les segregó residencialmente.

Por otro lado, los propios senegambianos sujetos todavía a las lógicas de dominación del colonialismo, recién superado, procedentes de ámbitos rurales donde las relaciones con la población de origen europeo eran extremadamente limitadas, aceptaron estas condiciones de desigualdad sin cuestionarlas, con esa aparente sumisión con la que se muestran ante el poder los grupos dominados y que tan bien retrató SCOTT:

> «Cuanto más grande sea la desigualdad de poder entre los dominantes y los dominados y cuanto más arbitrariamente se ejerza el poder, el discurso público de los dominados adquirirá una forma más estereotipada y ritualista. En otras palabras, cuanto más amenazante sea el poder, más gruesa será la máscara» (SCOTT, 2003:25).

Así, públicamente se mostraron duros y resistentes en el trabajo, sumisos en la aptitud. En el ámbito privado, en espacios donde se sentían cómodos, dejaban fluir su desesperación, por la situación sin salida en la que se encontraban, por unas condiciones de trabajo que les impedían hasta el descanso, por las actuaciones racistas que les excluían de todos los ámbitos, excepto del laboral.

Muchos no aguantaron y regresaron a su país. Todavía no se había prestigiado socialmente la figura del emigrante en sus países de origen y el regreso era posible porque a lo único que se renunciaba era a unas condiciones económicas que parecían mejores que las que se daban en las aldeas senegambianas.

Paradójicamente fue la promulgación de la primera ley de extranjería (LO 7/85), una legislación, por lo demás, fuertemente restrictiva, la que dignificó como trabajadores a los que previamente solo se había percibido como morenos. La Ley 7/85, al darles entidad jurídica, los dimensionó socialmente. Fue un proceso dual, en el que se articularon los derechos jurídicos y los derechos laborales. Reivindicando sus derechos jurídicos se posicionaron como trabajadores. Desde una situación jurídica regularizada se ubicaron socialmente reagrupando a jóvenes esposas y consolidando de esta manera su rol como adultos en relación a las personas de su entorno comunitario.

La presencia de mujeres junto al giro que adoptó el asociacionismo fueron claves como mecanismos de incorporación a la sociedad local. El perfil de las mujeres —jóvenes, dependientes jurídica, económica y socialmente de sus maridos y de las redes sociales de éstos, procedentes de entornos rurales donde todavía se asumía el rol que la sociedad tradicional asignaba a la mujer en la estructura familiar— contribuyó a la construcción social que de la «africanidad» se hizo en Cataluña. Una imagen en la que la mujer africana aparecía como la representación de la «otredad» (sumisa, dependiente, pasiva), el espejo

en negativo donde se reflejaba la mujer occidental. También fue el prisma desde donde se problematizó socialmente a la familia africana, subrayando en su caso aspectos «culturales» como la poligamia o la mutilación genital femenina.

Las vías que adoptó el asociacionismo fueron varias, combinando las alianzas de carácter ético con otras de carácter no-étnico. Funcionaron, a nivel interno, las asociaciones de ayuda mutua —con una gran tradición entre los emigrantes del África Occidental— que contribuyeron a reforzar los vínculos entre individuos con relaciones de parentesco o vecindad y, sobre todo, a crear nuevas alianzas entre compañeros de trabajo o vivienda. Es más, aunque el nudo de las redes que se fueron armando estaba conformado por miembros del mismo grupo étnico, la malla social tenía una composición multiétnica. Funcionaron asimismo como un vehículo de incorporación las asociaciones de carácter mixto que se crearon en diferentes lugares de Cataluña entre los años ochenta y los primeros años noventa. En principio, impulsadas por catalanes con fuerte compromiso social que buscaron a través de plataformas de este tipo —donde se incorporaron como miembros activos catalanes y africanos— apoyar a un colectivo estigmatizado; fueron usadas por los propios inmigrantes (inferiorizados desde esa posición de sujetos de ayuda en la que son colocados por los grupos y/o individuos solidarios) como un espacio donde desarrollar alianzas no-étnicas. Fueron plataformas de incorporación/integración de africanos en los distintos municipios en los que se crearon y posteriormente, ya a finales de la década de los noventa, canales desde donde se iniciaron los primeros proyectos de codesarrollo con Gambia y Senegal.

Pero es que también en este espacio —donde se terminaban disolviendo las diferencias étnicas bajo el paraguas de las diferencias raciales— se fueron conformando alianzas de carácter multiétnico entre mandingas, fulanis y sarahules (los grupos étnicos más numerosos en Cataluña en los años ochenta), que procedían indistintamente de Gambia y de Senegal.

En estas redes se fueron configurando los perímetros comunitarios que re-definieron el sentimiento identitario. Resumiendo podríamos afirmar que se pasó de una adscripción identitaria de carácter étnico a una construcción de carácter transnacional con dos referencias, las comarcas catalanas en las que se asientan y la «comunidad» de origen re-inventada. Estrictamente hablando, no podemos afirmar que se formaran comunidades transnacionales que conectaban origen y destino salvo que entendamos las comunidades (en origen, en destino y «en medio») de una forma más laxa, con fronteras que no permanecen inalterables ni se reproducen miméticamente. Entre otras razones porque las comunidades no se desplazan, se construyen y lo hacen en relación a la sociedad de acogida, a través de los procesos de interacción con ésta, que también se transforma. Tampoco el lugar de origen permanece inalterable. «Origen» es una entidad más amplia que el lugar de donde se partió. También se expande a otros lugares, a aquellos donde pueden desplazarse los emigrantes cuando regresan, a aquellos donde los reconocen. Los lazos que los mandingas, fulanis y sarahules crearon en las comarcas catalanas en las que se asentaron a través de espacios mixtos donde fueron desarrollando un sentimiento de pertenencia que trascendía la vinculación de carácter étnico-lingüístico se fueron reforzando en las visitas que realizaban a sus lugares de origen. Allí —en los recorridos por la zona de Cassamance, en Senegal; o Basse, en Gambia portando dinero, recuerdos o afectos a familiares y conocidos de aquellos de sus compañeros que no podían desplazarse— fueron ampliando también sus referencias geográficas y

emocionales. Origen es también el lugar donde se invierte, donde se adquiere una vivienda, o se monta un negocio, o se lleva ayuda humanitaria.

III. EL ENFOQUE TRANSNACIONAL

A mediados de los años ochenta, y desligado de este grupo, surge un nuevo flujo migratorio. En este caso procedente de la zona de Dakar (el gran Dakar) y de las zonas tradicionales de migración, en torno a la denominada «zona del cacahuete», cuna de la cofradía muridiyya, cuyos miembros, los mourides, serán los que protagonicen la nueva migración internacional senegalesa hacia Europa del Sur (Italia y España) y los Estados Unidos.

Las cofradías musulmanas habían alcanzado a finales de los años setenta un auge renovado en algunos de los países del África Occidental. En Senegal destacaban tres (por el número de miembros y por la presencia económico-social y política), Muridiyya, Tijaniyya y Quadrieyya. Entre ellas, la Muridiyya es la única que surge en Senegal en torno al dogma y a la obra de Cheik Ahmadou Bamba, que se impuso como una nueva referencia de la sociedad senegalesa. El exilio del Cheik por los franceses, primero a Gabón (1895-1902) y después a Mauritania (1903-1912), hizo que el Muridismo se transformara en una especie de símbolo de la resistencia colonial. Posteriormente, y en parte favorecido por los franceses, en parte por el propio sistema productivo impulsado por la cofradía, se convirtió en un referente como modelo económico. En la actualidad representan una tercera parte de la población de su país y son un ejemplo de adaptación y de re-invención (GUAYE, 2009), procesos ambos en los que la lógica migratoria ha desempeñado un papel fundamental:

> «El lazo espiritual y material que vinculan al discípulo (*taalibé*) con su guía (*Cheik*) es el principio fundador de la existencia de la cofradía, como ocurre en numerosas cofradías sufíes. En el salto de la village, de la ciudad santa, al mundo, los mourides fueron renegociando el modo de organización de poder y de influencias. A través de esta movilidad espacial, se observó una mutación del éthos mouride del trabajo, edificado en la comunidad del cacahuete en la época colonial (construcción fuertemente ideológica) en un espíritu de empresa» (BAVA, 2003).

Este cambio comienza cuando la sequía y la crisis económica mundial de los años setenta los llevó a explorar nuevas formas económicas como la actividad comercial, inicialmente en Dakar y después en ciudades africanas. Pero se termina consolidando cuando terminaron trasladándose a las ciudades occidentales, primero a Marsella y Estrasburgo, en Francia, y desde ahí a los que se consolidan como nuevos polos para la atracción de la emigración senegalesa, las ciudades turísticas de Italia y España, y Nueva York (destino para aquellos que han tenido éxito en su experiencia europea).

S.M. TALL dice refiriéndose a este nuevo tipo de migración que «ya no está organizada según las lógicas familiares, sino según una identidad emergente que es la cofradía» (TALL, 2008:38). Otros autores (BAVA, 2003 RICCIO, 2001) señalarán la importancia de los vínculos verticales (marabout-talibé) y horizontales (talibé-talibé) en el proceso de expansión de las redes comerciales, así como en el asentamiento temporal en los lugares que van conquistando para la inmigración.

Este modelo migratorio es el que se ha tomado como referente teórico en los estudios de las migraciones senegalesas desde mediados de los años noventa, a la estela de uno de los libros más influyentes y relevantes de este periodo, *States of Grace*, del antropólogo afroamericano Donald M. CARTER. CARTER no fue el primer autor que se centró en el muridismo como objeto de estudio de las nuevas migraciones senegalesas (antes que él lo habían hecho autores como EBIN, 1992 y DIOP, 1985), pero fue el primero en acercarse a este fenómeno ligando la economía política con los estudios postcoloniales, y el primero que introdujo el enfoque transnacional. Actualmente, los comerciantes mouride se han transformado en una de las figuras sociológicas de transmigrante, capaz de articular lugares comerciales y lazos vitales transnacionalmente (BAVA, RICCIO, DIOP, TALL).

A veces los referentes teóricos influyentes terminan modelando la realidad de tal forma que oscurecen o invisibilizan lo que no cabe dentro de la teoría. Durante más de veinte años los estudios más significativos sobre la migración senegalesa se centraron en el modelo wolof-mouride-transnacional. También en el caso español. La fascinación teórica por estos modelos (SUÁREZ, 1995; MORENO, EVERS ROSANDER, 2006) invisibilizó a aquellos senegaleses que no estaban vinculados con el mouridismo. Tanto a los de origen wolof que pertenecían a la cofradía tidjane (también muy significativa cuantitativamente) como a aquellos que pertenecían a cofradías minoritarias; así como las lógicas migratorias que quedaran fuera de lo que según TALL estaba emergiendo como nuevo patrón o estrategia migratoria. Aunque no debemos depositar todo el peso de este giro investigador en la penetración de un marco teórico sugerente. La estructura más visible de la inmigración senegalesa parecía encajar perfectamente en ese patrón. Las formas asociativas de los mourides (*daharías*) fueron el germen de los nuevos asentamientos, tanto si los nuevos ocupantes formaban parte de la cofradía como si no.

En España se asentaron en torno a tres ejes: Madrid, Canarias y las zonas turísticas de la costa mediterránea. La Comunidad Valenciana, con 704 senegaleses registrados en el año 1992, era la que concentraba un número mayor. Procedían de Francia y de Senegal, y aunque aparentemente respondían a un mismo perfil que les diferenciaba de los que se habían asentado en Cataluña la década anterior —hablaban la lengua wolof (aunque no todos pertenecieran a este mismo grupo étnico) y hacían gala de una religiosidad más pública— eran en su interior fácilmente distinguibles. Como señala RICCIO para Italia, tomando como referencia una distinción que ya había hecho O'BRIEN en su análisis del proceso de urbanización mouride, también en España se puede hablar de dos tipos en el centro de la *comunidad mouride*, un grupo procedente del medio urbano que en algunos casos habían tenido una experiencia migratoria previa en Francia, y los *modou modou* llegados directamente del campo en Senegal, que están envueltos en el comercio en varios niveles y tienden a permanecer dentro del grupo con sus propios códigos, interactuando con el exterior solo por negocios y para solucionar el mínimo de obligaciones de carácter burocrático (RICCIO, 2004). En torno a esta estructura bicéfala se creará la imagen pública de lo que en la década de los años noventa se presentaba como el «colectivo» senegalés en España (DE VICENTE, 1995). Por un lado, «los intelectuales llegados de Francia en una segunda migración, con experiencia en el movimiento asociativo y sindical, que asumieron la representatividad pública del colectivo e interaccionararon con la sociedad local. Por otro lado, las pautas de organización interna de los modou-modou (esos lazos de solidaridad y apoyo mutuo que les permite ser autosuficientes económica, social y emocionalmente), que serán

los elementos que subrayarán en el proceso de visibilización pública del colectivo, aquellos por los que serán reconocidos.

Los mecanismos de interacción están delimitados por el marco desde donde se está construyendo ideológicamente el fenómeno de la inmigración en España, como consecuencia de una legislación en materia de extranjería promulgada siguiendo más las directrices comunitarias que el contexto español. La aceleración del proceso de implantación ante la entrada en la CEE y la falta de adecuación ante una realidad que todavía era emergente tuvo como consecuencia la promulgación de una ley (LOE 7/85) que no solo crea la figura del irregular, sino que pone los medios para que éstos se multipliquen porque cierra en la práctica la posibilidad de entrar legalmente en el mercado de trabajo (CACHÓN, 2009:169). Esta situación afectaba como talón de Aquiles a los comerciantes senegaleses. La práctica de una actividad no regularizada como la venta ambulante y la presión de la situación de irregularidad jurídica afectaba al día a día de los inmigrantes senegaleses, que vivían con extrema tensión dos de las amenazas de su situación: la requisación de su mercancía y la posible detención y expulsión. El anhelo de la invisibilidad que buscaban chocaba con la práctica de una actividad que les exponía continuamente a la mirada policial.

En lugares como Madrid se concentraba todavía parte del movimiento asociativo y del tejido social de apoyo a la inmigración, se crearon redes de denuncia sobre los efectos políticos, jurídicos y sociales de la ley de extranjería en las que participaron sindicatos, organizaciones civiles y organizaciones religiosas. Los intelectuales del grupo se vincularon con estas iniciativas y colocaron la problemática de los senegaleses en el escenario público. En esta época el peso de los sindicatos dentro del tejido social de la inmigración —y por tanto las cuestiones que tenían relación con la dimensión laboral del trabajador inmigrante— era especialmente relevante[(2)]. Dentro de este marco los intelectuales senegaleses, ellos mismos vendedores ambulantes en España, lucharon por la dignificación de este sector laboral reivindicando su capacidad de generar riqueza. WAGATI recogía, en un estudio sobre asociacionismo senegalés en Madrid, la siguiente cita de uno de los senegaleses con más peso público en el año 1993:

> «No tiene sentido la dureza de la ordenanza que reglamenta la venta ambulante porque, de una parte, es un oficio integrante de la tradición comercial española (los gitanos, los maragatos, los mercheros) y, de otra, por su nivel económico, la gran mayoría del pueblo necesita la venta ambulante porque viene estupendo comprarnos una malla a 1.500 pesetas que pagar el mismo producto a 4.500 en el Corte Inglés» (Babacar NDOYE, en WAGATI, 1993:19).

Esa habilidad que tenían los que como BABACAR eran capaces de conectar no solo con el discurso sino con los referentes españoles para desde ellos plantear reivindicaciones que dignificaran a un sector (*los comerciantes*), más allá de la identificación étnica entre una actividad (la venta ambulante) y un colectivo (los senegaleses), no llegaba a quienes entonces eran el grueso del colectivo, los modou-modou. Para éstos, comerciantes sin

(2) CCOO creó una rama del sindicato dedicada exclusivamente a asuntos relativos a la extranjería, CITE, y en él fueron incorporando a inmigrantes con capacidad para la gestión y con cierta experiencia sindical. Inmigrantes de origen marroquí y de origen senegalés se fueron incorporando.

apenas formación académica, la cuestión era aparentemente más simple: querían que les permitieran comprar su mercancía, disponerla en la calle y venderla, sin ningún tipo de traba administrativa, sin ninguna presión policial. Nada más. Ni siquiera tenían interés en buscar más puntos de conexión con la población española que aquellos que regulaban la mera transacción comercial. Claro que, para poder desarrollar esta actividad, necesitaban regularizar su situación jurídica y para obtenerla, para llegar a las instituciones, necesitaban una entidad mediadora.

La Asociación de Inmigrantes Senegaleses en España (AISE) podía desempeñar ese papel mediador. Y en muchos casos lo asumió, a pesar de que muchos de los vendedores senegaleses se consideraban totalmente desvinculados de ella, y no percibían ni captaban la manera en que su pertenencia o adscripción podía favorecerles. Había surgido como iniciativa del grupo que estaba interaccionando con la población local, y entre ellos estaban individuos con bagaje en el asociacionismo y en el sindicalismo tanto en Senegal como en Francia, país donde ya había tenido experiencia migratoria quien fue su primer presidente. Y surgió después de que fracasaran otros intentos. Previamente —y tal vez mediatizados por el contacto con los sindicatos y con los partidos políticos de izquierda— intentaron crear una asociación de carácter pan-africanista que fuera el prisma para toda la inmigración africana, que todavía no era cuantitativamente relevante. Sin embargo el intento no prosperó. En España estaba mucho más asentada la población ecuatoguineana, y este grupo quería distinguirse, no incluirse en una problemática que entonces sentía ajena: la que se derivaba de los procesos recientes de inmigración. Tampoco se asumía entonces que el liderazgo pan-africano en España pudiera ejercerlo un senegalés.

En este contexto surgió AISE, la primera asociación de senegaleses en España. Los líderes de AISE plantearon la asociación con un carácter federativo, creándose delegaciones en todas las ciudades españolas donde había una presencia significativa de miembros del colectivo (además de Madrid, se crean AISE en Barcelona y en Valencia). Tenía una orientación claramente cohesionadora, aunque tal vez algo prematura para el estado de conciencia colectiva entre los inmigrantes senegaleses. Se apreciaba entonces esa diferenciación entre un grupo —todavía muy poco numeroso— de senegaleses, a los que he llamado *intelectuales*, que tal vez por la experiencia migratoria anterior, o por su propio bagaje formativo, tenían ya una conciencia propiamente nacional más allá de las adscripciones étnicas, religiosas o culturales. Y después estaba el grupo más numeroso, que se reafirmaba como tal a través de las relaciones de reciprocidad que se daban en el marco de la cofradía, y que a la vez en estas relaciones reafirmaban un sentimiento identitario que les comunicaba entre sí y que les conectaba con su lugar de origen.

Por eso, aunque AISE asumió públicamente un papel reivindicativo con relación a las instituciones de la sociedad autóctona y de defensa de los intereses del colectivo, al tiempo que resolvía cuestiones particulares de carácter jurídico, no fue entonces la aglutinadora de un germen de identidad colectiva en torno a un sentimiento de identidad nacional.

Sí lo fue en cambio el mouridismo, que en la década de los noventa fue consolidándose como el referente de una identidad comunitaria y/o colectiva entre los inmigrantes que se habían asentado en España en torno a este segundo flujo. Fue fundamental en este proceso la creación de la gran daharía de la emigración a partir de la iniciativa de Dame NDAYE, un senegalés asentado en España, que en una de las visitas de una personalidad relevante de

la cofradía propuso la realización de un proyecto común financiado con la aportación de todas las daharías de la inmigración, que entonces estaban ya repartidas entre diferentes países de África, Europa Occidental y Estados Unidos. Fue el primer paso en la construcción del que en la actualidad es el segundo hospital en importancia de Senegal, que está situado en la ciudad santa de Touba (GUAYE, 2002; MORENO). Y también el paso que situó a los inmigrantes asentados en España en la red de la diáspora mouride. Lo cual contribuyó a reforzar su sentimiento identitario, y a expandir la red mouride por toda la península. De hecho, en la actualidad hay daharías en todos los lugares de la geografía española donde se han instalado los inmigrantes senegaleses (ref. JABARDO, 2006).

IV. LOS CLANDESTINOS… REFERENCIA ESPAÑOLA DE UN MODELO GLOBAL

En los solo diez años que llevamos de siglo, el hecho migratorio se ha convertido en el fenómeno social mayor de la globalización (ADELKHAH y BAYART, 2007). Tanto es así que todavía tenemos que proveernos de un marco analítico y conceptual para analizar un fenómeno que es esencialmente distinto al que se estudiaba desde modelos teóricos construidos bajo el paraguas de la Escuela de Chicago (CASTLES, 2008). Y sin embargo, en esta aparente paradoja, nunca antes había sido tan estudiado y analizado (ADELKHAN y BAYART, *op. cit*.). En este sentido también la emigración senegalesa es paradigmática. Recientemente me comentaban en la Oficina de la OIT de Dakar que no menos de 500 investigadores habían pasado por ella atraídos por el fenómeno de la *inmigración clandestina*, el último enfoque desde donde se aborda la problemática y el estudio de las migraciones senegalesas.

En España, el salto cualitativo se dio en el primer lustro del siglo XXI. Entre el año 2001 y 2004 el número de inmigrantes senegaleses regularizados se multiplicó por dos (se pasó de 10.627 a 21.465). Fue entonces cuando se consolidaron las redes que se habían creado a lo largo de la década de los ochenta en lugares como Cataluña o la Comunidad Valenciana, y cuando se incorporó un nuevo perfil que ampliaba tanto los lugares de origen como el segmento social de los nuevos migrantes. Fue también en este periodo cuando los inmigrantes asentados en España comenzaron a regresar a sus lugares de origen re-convertidos en agentes de desarrollo, reinvirtiendo directamente o como mediadores de agencias de desarrollo u ONGs españolas(3). Paralelamente se incrementó la presencia española en el país, tanto a nivel institucional como asistencial y privado.

Este incremento no fue tenido en cuenta por los investigadores hasta que lo que se bautizó como el *fenómeno de los cayucos* evidenció lo que llevaba tiempo consolidándose, esa nueva ruta entre Senegal y España y ese cambio cualitativo en el perfil y en las expectativas de los inmigrantes. La presión mediática, que ofrecía imágenes y datos que mostraban más de 9.000 entradas de ciudadanos del África Occidental (más del 80% procedentes de Senegal) en las costas de las islas canarias entre enero y junio del año 2006, llevaron la

(3) He desarrollado esta cuestión en JABARDO (2009), «Transnacionalismo y contradesarrollo desde Senegal. Respuestas locales al mito del codesarrollo», en *Actas del VI Congreso de Estudios Africanos del Mundo Ibérico*. Las Palmas.

alarma a la sociedad y a los representantes políticos. Las medidas meramente represivas de la Unión Europea ya se habían reflejado ineficaces incluso en el control de flujos, y se estaba comenzando a apostar por la cooperación al desarrollo como otra de las piedras angulares de la política migratoria (ARANGO, 2005). Es cierto que este giro, que buscaba la corresponsabilidad de los países emisores en el control de sus propios flujos, coincidía con nuevas aperturas teóricas en el campo que articulaba desarrollo y migraciones; muy especialmente aquellos que subrayaban el valor de las remesas en el desarrollo y el potencial de los inmigrantes como agentes del mismo (PORTES, 2009; HAAS, 2010).

La respuesta del gobierno español en este contexto fue la penetración diplomática en África Occidental a través de una línea de cooperación que el propio Ministro de Asuntos Exteriores español bautizó como «convenios de segunda generación», que condicionaban la ayuda al desarrollo a la disposición de los gobiernos africanos a admitir la repatriación de quienes lograban llegar a Canarias. Se trataba en definitiva de obtener la implicación de los gobiernos locales en el freno de la inmigración, haciéndoles copartícipes de un problema que en modo alguno tenía una lectura problemática desde países que depositaban en las remesas que enviaban sus emigrantes su estabilidad económica, social e incluso política(4).

En el caso de Senegal, la implicación por parte del gobierno ha sido notable, gracias en parte a la suma finura con la que el presidente Wade maneja los dobles lenguajes, de cara a las relaciones exteriores y de cara a sus futuros electores. Frente a los primeros, se ha convertido en el paladín de la lucha contra la inmigración clandestina, asumiendo incluso una categoría (la clandestinidad) que se crea (jurídicamente) en los países occidentales como un vehículo de exclusión en relación a la inmigración «no querida»; y aplicándola a sus propios emigrantes. Lo cual crea una situación hasta cierto punto paradójica. La ampliación de la frontera europea a las costas senegalesas ha incorporado en la categoría de clandestino a quienes tienen la condición de ciudadanía en su propio país. Con la emigración clandestina sucede lo que denunciaba FANON en *Los condenados de la tierra*. Los países occidentales —receptores de la nueva migración— imponen su imagen de clandestinidad sobre los mismos a los que se somete a esta condición(5).

Las repatriaciones forzosas y sobre todo la labor de control de fronteras ejercida por el gobierno de Senegal en los países de su entorno está ejerciendo un efecto disuasorio entre aquellos que pretendían llegar a Europa desde el sur del país. Incluso la opinión pública

(4) Senegal es uno de los pocos países del África Occidental (junto con Malí) que han reconocido institucionalmente al inmigrante a través de una secretaría dentro del Ministerio de Asuntos Exteriores para los asuntos de los senegaleses en el exterior, pero es que además el papel, postura y opiniones de los emigrantes son tenidos en cuenta en los distintos foros preparados para ello. Este planteamiento se da no solo por el valor individual, colectivo de las remesas que los inmigrantes envían a sus lugares de origen, de las estrategias colectivas de las daharías, cuya visibilidad ha quedado reflejada en la ciudad santa de Touba, sino también por la nueva estrategia de canalizar fondos de ayuda internacional a través de estrategias de cooperación descentralizada, que iniciaron los senegaleses (junto a los malienses) asentados en Francia a comienzos de los años noventa.

(5) La problematización teórica de la *emigración clandestina* en Senegal fue de la mano de los planteamientos mediáticos. Del Barça o Barzak con el que se pretendía frenar las ansias de partir de los jóvenes senegaleses, que terminaron reapropiándoselo en lo que se considera ya hoy como el nuevo rito de paso de toda una generación. Del rol que desempeñan en este nuevo patrón migratorio la institución de la poligamia que empuja a las mujeres a asegurar su futuro empujando a sus hijos en lo que puede ser una muerte segura…barça o barzak. Pero también esas madres, ahora coraje, que lideran la lucha contra la migración clandestina.

senegalesa subraya más el lado trágico de la travesía que el épico de la hazaña, y cada vez aparecen más asociaciones locales (con apoyo financiero externo) que tratan de combatir la emigración clandestina (BOUILLY, 2007). Pero, al mismo tiempo, y dentro de lo que podría plantearse como la respuesta local al fenómeno, el reconocimiento externo de la emigración ha re-valorizado la figura y el potencial de los emigrantes como agentes de desarrollo y como catalizadores del cambio social (TALL, 2008).

Entre las imágenes de los primeros africanos que llegaron al Maresme a principios de los años setenta del siglo pasado y las imágenes con las que nos golpeó la televisión en forma de cayucos no solo han pasado unos cuarenta años. Han pasado dos modelos migratorios y dos saltos, de la modernidad a la postmodernidad.

La modernidad europea se construyó sobre el otro a quien se pensaba como inferior. La postmodernidad estalló con la revolución del consumo y se contentó con democratizar la lógica hedonista, con radicalizar la tendencia de privilegiar los impulsos más bajos antes que los más nobles (D. BELL en LIPOVETSKY, 1988:106).

Los migrantes son hoy menos las víctimas que los héroes (ADELKHAH y BAYART, 2007:9).

Ambos grupos coinciden en los mismos espacios geográficos. No comparten, sin embargo, ni la misma aptitud ni las mismas expectativas. La juventud y la feminización de esta nueva cohorte es reflejo de los cambios sociales que se están viviendo en Senegal, y que también reflejaba el profesor Ndoye en una charla personal. «En Senegal, me decía, conviven actualmente el siglo XIX, el siglo XX y el siglo XXI y, a veces, en la misma persona» (febrero, 2010). En medio, la tensión entre lo comunitario y lo individual, que tan visible comienza a ser en las comunidades senegalesas en España.

Frente a los modelos de otras épocas, la red social que dibuja ahora la inmigración senegalesa en España se está haciendo menos integrativa. Los lazos que se tejían entre individuos y que se densificaban a través de una red de obligaciones permanente han ido debilitándose. Y es que la solidaridad obliga tanto al que da como al que recibe, y mantiene o crea unos lazos que son los que van delimitando la misma extensión de los límites comunitarios. Por eso también está dándose un nuevo fenómeno, sobre todo entre los jóvenes inmigrantes llegados en la última década, procedentes de medios urbanos y con un sentido de la individualidad más desarrollado que sus antiguos compatriotas. Se trata del rechazo a la hospitalidad de los más asentados, de la búsqueda de intimidad fuera de la presión de la comunidad. «A mí no me gusta que nadie se meta en nada de lo que hago. No quiero dar explicaciones a nadie, y no quiero comentarios de nadie» —me decía Ousman C, para justificar su rechazo a la hospitalidad que le ofrecieron sus compatriotas cuando llegó a Alicante procedente de Dakar—.

Esta tendencia hacia el individualismo que sí es cada vez más evidente entre las nuevas cohortes no ha terminado con el asociacionismo. Más bien al contrario. Aunque su análisis excede la limitación de este artículo, es preciso señalar algunas de las tendencias que se apuntan en esta dirección. Por una parte se percibe un proceso de encapsulamiento en la red. Cada ciudad cuenta con varias daharías, aumentan cada día las asociaciones de desarrollo, cada grupo étnico tiene su federación de asociaciones con carácter diaspórico. Al tiempo se aprecia una tendencia cada vez mayor hacia un asociacionismo más institucional-

lizado, tanto por parte del gobierno senegalés, que re-conoce a los inmigrantes a través del portal que significan las asociaciones de senegaleses en España (AISE), como por parte de los gobiernos regionales y municipales, que también reconocen a los inmigrantes a través de las asociaciones.

Son dos redes que a veces confluyen —cuando se asientan sobre una estructura comunitaria— y a veces divergen; pero que en cualquier caso reflejan las lógicas de lo que estamos denominando nuevas «sociedades multiculturales». Por un lado, el espacio de la representación de la multiculturalidad, en el que tienen cabida las asociaciones institucionalizadas. Un espacio desde donde se hace visible —y se recrea— una diferencia cultural como vehículo de integración.

Los espacios públicos son, sin embargo, espacios para la manifestación de una expresividad cultural recreada en función de la senegalidad que proyectan las instituciones autóctonas.

Las asociaciones comunitarias —en sus diferentes manifestaciones, que van desde lo local a lo transnacional, lo diaspórico, o lo pan-nacional— son a su vez el vehículo de expresividad de las nuevas identidades, y los espacios desde donde se crean y re-crean nuevas solidaridades.

BIBLIOGRAFÍA

ADELKHAN, F., y BAYART, J.-F. (2007), *Voyages du développement*. Paris: Karthala.

BAVA, S. (2003), «De la "baraka aux affaires": ethos économico-religieux et transnationalité chez les migrants sénégalais mourides», en *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 19, n.º 2.

— (2000), «Reconversions et Nouveaux mondes commerciaux des mourides à Marseille», *Hommes et Migration*.

CARTER, D.M. (1997), *States of Grace: Senegalese in Italy and the New European Immigration*. Minneapolis: University of Minnesota Press.

CASTLES, S. (2008), «Understanding Global Migration: A Social Transformation Perspective», *Theories of Migration and Social Change.* St Anne's College, Woodstock Road, Oxford.

DE HAAS, H. (2010), «Migration and Development: A Theoretical Perspective», *IMR*, v. 44, n.º 1, pp. 227-264.

DE VICENTE, J. (1995), «Los inmigrantes negroafricanos en la CAM», *Inmigrantes extranjeros en Madrid,* Giménez (coord.), Madrid: Consejería de Integración Social, pp. 73-90.

DIOP, A.M. (1985), «Les Associations Murid en France», *Esprit*, 102, pp. 197-206.

EBIN, V. (1992), «À la recherché de nouveaux "poisons": strategies commerciales mourides en temps de crise», *Politique Africaine*, 45, pp. 86-98.

EVERS ROSANDER, E. (2006), «Cosmopolitas y locales: mujeres senegalesas en movimiento», *Senegaleses en España. Conexiones entre origen y destino*, Jabardo, Observatorio Permanente de la Inmigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

GLICK SCHILLER, Nina (2008), «Beyond Methodological Ethnicity: Local and Transformations Pathways of Immigrant Incorporation», *Willy Brandt Series of Working Papers in International Migration and Ethnic Relations*. 2/08. Malmö: Malmö University.

GUEYE, Ch. (2009), «Del lugar común a los "lugares momentos", la cofradía muride y sus nuevas fronteras», en *El islam del África Negra*. Ferrán (ed.). Barcelona: Bellaterra.

— (2002), *Touba. La capitale des mourides*. París: Karthala.

JABARDO, M. (2009), «Transnacionalismo y contradesarrollo desde Senegal. Respuestas locales al mito del codesarrollo». *Actas del VI Congreso de Estudios Africanos del Mundo Ibérico*. Las Palmas.

— (2006), *Senegaleses en España. Conexiones origen y destino*. Observatorio Permanente de la Inmigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid.

— (2001), *Ser africano en el Maresme. Migración, trabajo y etnicidad en la formación de un enclave étnico*. Tesis de doctorado. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

PORTES, A. (2009), «Migration and development: reconciling opposite views», *Ethnic and Racial Studies*, 32:15-22.

RICCIO, Bruno (2004), «Transnayional Mouridism and the Afro-Muslim Critique of Italy», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 30, n.º 5, pp. 929-944.

SCOTT, James C. (1990), *Los dominados y el arte de la Resistencia*. País Vasco: Txalaparta.

SUÁREZ, L. (1995), «La construction d'une communauté transnational: Les Senegalais in Andalusia, Espagne». *Mondes en Développement*, 23 (91).

TALL, Serigne Mansour (2008), «La migration internationals sénégalaise: des recrutements de main-d'oeuvre aux pirogues», en M.-C. DIOP (dir.), *Le Sénégal des migrations*, Dakar/París: Crepos-Karthala-ONU habitat, pp. 37-67.

WAGATI, M. (2002), «Senegaleses en Madrid, mercado de trabajo y vida asociativa desde la perspectiva de las redes sociales» (mimeo).

WOLF, Eric (1987), *Europa y la gente sin historia.* México: FCE.

VII. MIGRACIONES DE MUJERES Y PERSPECTIVA DE GÉNERO: SENEGALESAS EN CANARIAS

JOSEFINA DOMÍNGUEZ MUJICA[1]

Profesora Titular de Geografía Humana
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN

Migraciones de mujeres y perspectiva de género: senegalesas en Canarias

La creciente importancia de la participación femenina en los flujos de migración internacional se considera uno de los elementos más representativos de los actuales procesos migratorios. Así ha sido reconocido en numerosos estudios que analizan las causas que originan estas migraciones, el papel de atracción que ejerce el mercado de trabajo, las relaciones de género que condicionan las migraciones familiares, los aspectos normativos que regulan estos procesos y las consecuencias económicas y culturales que favorecen nuevas formas de organización social, en los países de acogida y en los propios países de origen de las migrantes. En Canarias, la inmigración senegalesa tiene una cierta antigüedad a causa de la histórica vinculación del archipiélago con las costas occidentales del continente africano y de la temprana especialización turística. En consecuencia, a principios de los años noventa del siglo XX las islas reunían la primera comunidad senegalesa de España. En los últimos años, sin embargo, el ritmo de incremento de este grupo ha sido comparativamente menor, pese a lo cual podemos reconocer sus características más representativas. Entre éstas se halla una cierta feminización y la existencia de varias generaciones, lo que revela el grado de cohesión de este colectivo, frente al carácter más masculinizado y menos consolidado de la comunidad senegalesa en el conjunto de España. Estos aspectos diferenciados nos permiten valorar, como si de un observatorio privilegiado se tratara, la importancia de la migración independiente o familiar de las senegalesas,

ABSTRACT

Women migration and gender: senegalese in Spain

The growing importance of women's participation in international migration flows is considered one of the most representative of current migration. It has been recognized in numerous studies examining the causes of this migration, the role of attraction of the labor market, gender relations that affect family migration, the normative aspects that regulate these processes and the economic and cultural that encourage new forms of social organization in the host countries and the countries of origin of migrants. In the Canaries, Senegalese migration has a certain age because of the historical link between the archipelago off the west coast of Africa and of early specialization in tourism. Consequently, in the early nineties of the twentieth century, the islands met the first Senegalese community in Spain. In recent years, however, the rate of increase in this group has been comparatively low, despite which we can recognize most representative features. Among these is a certain feminization and the existence of several generations, which reveals the degree of cohesion of this group, compared to the more masculine and less consolidated the Senegalese community in the whole of Spain. These allow us to assess different aspects, as if it were a privileged, the importance of independent or family migration of Senegalese participation in the labor market and the level of personal autonomy acquired some of the most significant entire migration process is analyzed from a gender perspective.

(1) Proyecto I+D+i: «Inmigración y trabajo en Canarias: análisis socio-territorial de la inmigración laboral y de la trayectoria socio-profesional de los inmigrados». SolSubC200B01000015. ACIISI.

su participación en el mercado de trabajo y el nivel de autonomía personal adquirido, algunos de los elementos más significativos de todo proceso migratorio que se analice desde una perspectiva de género.

Palabras clave: migraciones, mujeres, género, Senegal, Canarias.

Key words: migration, women, gender, Senegal, Canary Islands.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: MIGRACIONES INTERNACIONALES, GÉNERO Y TRANSNACIONALIDAD.

II. MARCO CONCEPTUAL, FUENTES Y METODOLOGÍA DE ANÁLISIS.

III. LAS MIGRANTES INTERNACIONALES.

1. **Las cifras.**
2. **Las causas de las migraciones de mujeres.**
3. **Consecuencias de las migraciones femeninas.**

IV. LA INMIGRACIÓN SENEGALESA EN ESPAÑA.

1. **Antecedentes y evolución.**
2. **El origen geográfico.**
3. **Las estructuras demográficas.**
4. **El mercado laboral de los senegaleses en Canarias.**

V. LA MUJER SENEGALESA EN ESPAÑA Y CANARIAS.

VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: MIGRACIONES INTERNACIONALES, GÉNERO Y TRANSNACIONALIDAD

Los enfoques migratorios transnacionales comenzaron a desarrollarse en el seno de las Ciencias Sociales a fines de los años ochenta, siguiendo la estela de la Escuela de Sociología de Chicago. Dichos estudios prestaban atención no sólo a la incorporación de los migrantes a las nuevas sociedades en las que se asentaban, sino también a los vínculos que construían con sus lugares de origen, es decir, a las distintas manifestaciones de los procesos transnacionales. Sin embargo, el género no alcanzó en estos enfoques el interés que sí tuvieron otros factores como la etnia y la nacionalidad. Hubo que esperar a los primeros años del siglo XXI para que las identidades de género adquirieran una perspectiva decisiva en este tipo de trabajos, perspectiva correspondiente con un marco conceptual definido por Sarah J. MAHLER y

Patricia R. PESSAR como *«gendered geographies of power»* (MAHLER y PESSAR, 2001; PESSAR y MAHLER, 2003; MAHLER y PESSAR, 2006)[2]. Con este término, sus autoras defienden que la dimensión de género opera en múltiples escalas espaciales, sociales y culturales y, por ello, desde un punto de vista transnacional, las migraciones internacionales originan nuevos e interesantes contextos y relaciones de género.

En consecuencia, en las Ciencias Sociales se ha configurado un «campo» de estudio sobre género y migración, una categoría de análisis que está contribuyendo al desmantelamiento de las representaciones de las migraciones internacionales como un asunto de hombres, «de trabajadores inmigrantes y sus familias» (GREGORIO, 2010)[3].

Por otra parte, la participación femenina en los flujos de migración internacional se considera uno de los elementos más representativos de los actuales procesos migratorios ya que la globalización ha favorecido una creciente incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, lo que ha originado, indirectamente, una demanda de trabajadoras en los países desarrollados y en las economías más prósperas del mundo en desarrollo, especialmente en las actividades del servicio doméstico y de prestación de cuidados. Este fenómeno se explica, además, por la creciente «feminización de la responsabilidad y de la obligación» en los países en desarrollo (CHANT, 2006)[4], en los que un número cada vez mayor de mujeres de todas las edades trabaja fuera del hogar o necesita o desea trabajar fuera del hogar, al tiempo que soporta la carga de las tareas reproductivas no remuneradas por sus esposos, padres, hermanos e hijos. En los países desarrollados, también contribuyen a la demanda de mano de obra femenina inmigrada las necesidades resultantes de las reformas estructurales del estado de bienestar y los profundos cambios sociodemográficos. Estas circunstancias favorecen que los patrones de la migración internacional femenina reflejen el progresivo traslado al ámbito mundial de la división sexual del trabajo (MORA, 2007)[5]. Tal y como señalan MAHLER y PESSAR, 2006, «gender not only matters to migration, but also contributes substantial added value to the analysis and comprehension of this complex phenomenon»[6].

El estudio de la migración de mujeres senegalesas en Canarias, que abordamos en este trabajo, nos permite desvelar la concurrencia de estos factores: la creciente importancia

---

(2) MAHLER, S.J., y PESSAR, P., «Gendered Geographies of Power: "Analyzing Gender across Transnational Spaces"», Introduction to special volume with same title edited with Patricia Pessar for *Identities Global Studies in Culture and Power* vol. 7 (4), 2001, pp. 441-459; PESSAR, P., y MAHLER, S., «Transnational Migration: Bringing Gender In», *International Migration Review* vol. 37(3), 2003, pp. 812-846; MAHLER, S.J., y PESSAR, P., «Gender Matters: Ethnographers Bring Gender from the Periphery Toward the Core of Migration Studies», *International Migration Review*, vol. 40 (1), 2006, pp. 28-63.

(3) GREGORIO GIL, C., «Debates feministas en el análisis de la inmigración no comunitaria en el estado español. Reflexiones desde la etnografía y la antropología social», *Relaciones internacionales*, n.º 14, 2010, pp. 93-115.

(4) CHANT, S., «¿Cómo podemos hacer que la "feminización de la pobreza" resulte más relevante en materia de políticas? ¿Hacia una feminización de la responsabilidad y de la obligación?», *Cohesión social, políticas conciliatorias y presupuesto público: una mirada desde el género*. Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), 2006, México D.F.

(5) MORA, L., «Globalización, migración internacional y división sexual del trabajo. Una mirada desde el género y los derechos reproductivos», *Notas de población*, n.º 85. CEPAL, 2007, México, D.F.

(6) MAHLER, S.J., y PESSAR, P. *Op. cit.*, p. 50.

cuantitativa de los flujos de migración femenina, en íntima correspondencia con los procesos de globalización; los factores de carácter transnacional que modelan las vínculos de las migrantes con sus lugares de origen y de asentamiento; y, por último, los roles de género que presiden los procesos migratorios, como forma de perpetuar las estructuras patriarcales.

II. MARCO CONCEPTUAL, FUENTES Y METODOLOGÍA DE ANÁLISIS

Además de la bibliografía especializada en esta temática de género, migración y transnacionalidad, para la elaboración de este capítulo nos hemos servido de algunos trabajos realizados por distintos autores en relación con la migración senegalesa y, de forma específica, con la migración femenina senegalesa. Entre ellos destacan el de Berta MENDIGUREN «Más allá del tiempo y del espacio. La solidaridad como pilar secular y transnacional de la reproducción familiar y social soninké»(7); el de Caroline MELLY «Inside-Out Houses: Urban Belonging and Imagined Futures in Dakar, Senegal»(8); el de Eva Evers ROUSANDER: «Cosmopolitas y locales. Mujeres senegalesas en movimiento»(9); los de Papa SOW: «Mujeres inmigrantes y/o esposas de inmigrantes senegaleses y gambianos en Cataluña (España): entre la vida familiar y la vida profesional»(10) y «Prácticas comerciales transnacionales y espacios de acción de los senegaleses en España»(11); el de Marie Angelique DIATTA y Ndiaga MBOW «Releasing the Development Potential of Return Migration: The Case of Senegal»(12); el de Papa DEMBA FALL «Migration internationale et droits des travailleurs au Sénégal»(13); el de Annelies ZOOMERS, Aderanti ADEPOJU y Tom VAN NAERSEN «International migration and national development: An introduction to policies in Sub-Saharan Africa»(14); los de Maguemati WAGBOU: *Inmigración subsahariana en España: Los senegaleses en Madrid*(15) y «Estudio de la inmigración de los senegaleses

(7) MENDIGUREN, B., «Más allá del tiempo y del espacio. La solidaridad como pilar secular y transnacional de la reproducción familiar y social soninké», *História: Questões & Debates*, 2009, pp. 121-149.

(8) MELLY, C., «Inside-Out Houses: Urban Belonging and Imagined Futures in Dakar, Senegal», Comparative Studies in Society and History 52(1), 2010, pp. 37-65.

(9) ROUSANDER, E.E., «Cosmopolitas y locales: mujeres senegalesas en movimiento», *Senegalesas en España. Conexiones entre origen y destino*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pp. 116-130.

(10) SOW, P., «Mujeres inmigrantes y/o esposas de inmigrantes senegaleses y gambianos en Cataluña (España): entre la vida familiar y la vida profesional», Documents d'anàlisi geogràfica, n.º 43, 2004, pp. 69-88.

(11) SOW, P., «Prácticas comerciales transnacionales y espacios de acción de los senegaleses en España», Migración y desarrollo: estudio sobre remesas y otras prácticas transnacionales en España. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Estudios Sociales de Andalucía, Madrid, 2004, pp. 235-254.

(12) DIATTA, M.A., y MBOW, N., «Releasing the Development Potential of Return Migration: The Case of Senegal», International Migration Journal, 37 (1), 1999, pp. 243-266.

(13) DEMBA FALL, P., «Migration internationale et droits des travailleurs au Sénégal», *Rapports par pays sur la ratification de la Convention des Nations*, UNESCO, 2003, París.

(14) ZOOMERS, A.; ADEPOJU, A., y VAN NAERSEN, T., «International migration and national development: An introduction to policies in Sub-Saharan Africa», Working papers Migration and Development series. Report No. 14, Radboud University, Nijmegen, in collaboration with the Ministry of Foreign Affairs and the Ministry of Social Affairs and Employment, 2006, Holanda.

(15) WAGBOU, M., *Inmigración subsahariana en España: Los senegaleses en Madrid*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2000, Madrid.

en la Comunidad de Madrid desde una perspectiva de las redes sociales»[16]; el de AA. VV. «Miradas sobre África. Inmigración africana en España»[17]; el de Mercedes JABARDO: «Desde el feminismo negro. Una mirada al género y la inmigración»[18], el de Montserrat SOLSONA «Cambio demográfico, migración y salud reproductiva: el papel de las mujeres senegalesas en la constitución de las familias»[19]; el de Joan LACOMBA: «Identidad y religión en inmigración. A propósito de las estrategias de inserción de los musulmanes senegaleses»[20]; el de Liliana SUÁREZ «Los procesos migratorios como procesos globales: el caso del transnacionalismo senegalés»[21].

Como puede apreciarse en las referencias bibliográficas anteriores, se abordan distintos análisis que podrían encuadrarse en dos categorías, una que relaciona los procesos migratorios con factores de orden económico y de carácter jurídico y otra que estudia la integración de los migrantes en las sociedades de acogida, el papel de las identidades (familiares, étnicas, religiosas…) y el estudio de género.

En la mayor parte de los documentos de la segunda categoría predomina un enfoque cualitativo, un trabajo desarrollado mediante entrevistas y, en algún caso, encuestas respondidas por informantes de diverso tipo. En el presente artículo nos ha parecido necesario complementar este enfoque con un análisis cuantitativo, que realizamos a partir de los datos demográficos que proporcionan distintas fuentes (explotación estadística del padrón desde 1986 a 2010, censo de población y viviendas de 2001, encuesta de población activa desde 2005 a 2010, datos del proceso de normalización de 2005, anuarios estadísticos…) y que constituye el segundo pilar de la investigación desarrollada.

III. LAS MIGRANTES INTERNACIONALES

1. Las cifras

«Actualmente, las mujeres constituyen casi la mitad del total mundial de migrantes internacionales: 95 millones. No obstante, pese a que contribuyen a la reducción de la pobreza y a economías que luchan por desarrollarse, sólo recientemente la comunidad

(16) WAGBOU, M., «Estudio de la inmigración de los senegaleses en la Comunidad de Madrid desde una perspectiva de las redes sociales», Actas electrónicas del II Congreso sobre la inmigración en España: España y las Migraciones Internacionales en el Cambio de Siglo, 2000, Madrid.

(17) AA.VV., «Miradas sobre África. Inmigración africana en España» en Mugak, n.º 13, 2000, San Sebastián.

(18) JABARDO, M., «Desde el feminismo negro. Una mirada al género y la inmigración», Feminismos en la antropología: nuevas propuestas críticas, Ed. Ankulegi Antropologia Elkartea, 2008, San Sebastián.

(19) SOLSONA, M., «Cambio demográfico, migración y salud reproductiva: el papel de las mujeres senegalesas en la constitución de las familias», Simposio sobre Género y Salud: *Aprender para Cooperar*.
Centre d'Estudis Demogràfics, 2003, Barcelona.

(20) LACOMBA, J., «Identidad y religión en inmigración. A propósito de las estrategias de inserción de los musulmanes senegaleses», Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social, n.º 4, 1996, pp. 59-76.

(21) SUÁREZ, L., «Los procesos migratorios como procesos globales: el caso del transnacionalismo senegalés», Ofrim suplementos, n.º 3, 1998, pp. 39-63.

internacional comenzó a percatarse del significado de lo que pueden ofrecer las mujeres migrantes» (UNFPA, 2006)[22].

Hacia el año 2005, la cantidad de mujeres migrantes era ligeramente superior a la de hombres migrantes en todas las regiones del mundo, a excepción de África y Asia. De los 17 millones de migrantes de África, un 47% eran mujeres (en comparación con 42% en 1960) y los mayores aumentos ocurrieron en las regiones orientales y occidentales. Cada año, estas mujeres, que ocupan miles de empleos en el extranjero, envían importantes volúmenes de remesas a sus hogares y comunidades de origen. Esos fondos sirven para alimentar, vestir y educar a los niños, costear servicios de salud y, en general, mejorar los niveles de vida de los familiares y comunidades que quedaron atrás, lo que representa un beneficio considerable para los países en desarrollo.

En África, las obligaciones familiares, el desempleo, los bajos salarios, la pobreza, las escasas oportunidades socioeconómicas y el deseo de ampliar horizontes están contribuyendo a un sostenido aumento en el número de mujeres migrantes internacionales. Por ello, si bien las mujeres africanas, en su mayoría, siguen circulando dentro de su región, también se están desplazando hacia países de América del Norte y de Europa. Por ejemplo: las mujeres procedentes de Cabo Verde constituyen un 85% de todas las personas de ese país que migran a Italia. Las oportunidades de empleo en Francia han atraído a crecientes cantidades de mujeres educadas procedentes de zonas urbanas de Senegal y, en general, han aumentado las migraciones definitivas, pero también se ha producido un notable incremento de las migraciones estacionales y de las migraciones circulares, aquéllas que suponen que las personas que se marchan de su lugar de origen regresan a él periódicamente.

2. Las causas de las migraciones de mujeres

Las motivaciones de las mujeres africanas para emigrar son múltiples aunque sobresale, entre éstas, la atracción del mercado de trabajo de los países con mayor nivel de renta. Sin embargo, no hay que despreciar los factores *«push»*, aquéllos que desencadenan el proceso en origen, por ejemplo la huida de matrimonios abusivos y de tradiciones patriarcales que limitan las oportunidades de las mujeres y que coartan su libertad en determinados grupos sociales africanos, o la discriminación contra ciertos colectivos de mujeres: madres solteras, mujeres solteras, viudas o divorciadas y, por último, el papel que siguen teniendo los matrimonios concertados por las familias en ciertas culturas que mantienen esta práctica, lo que ocasiona que, a mayor emigración masculina, se produzca una cierta emigración femenina por razones matrimoniales.

Una de las causas más persistentes de la desigualdad de género en el continente africano es la dificultad que representa para las mujeres el acceder a la formación e inserción laboral. Por ello, y teniendo también en cuenta la paulatina feminización de las migraciones procedentes de este continente, en los encuentros de la *«Red de mujeres por*

(22) UNFPA, *Estado de la población mundial 2006. Hacia la esperanza: Las mujeres y la migración internacional*. Nueva York, 2006.

un mundo mejor»[23] se insiste en la promoción de proyectos específicos para la formación profesional de las mujeres en el África Occidental, como factor que puede atenuar la creciente feminización de los procesos migratorios.

En los lugares de destino, generalmente países con un mayor nivel de vida, se produce una demanda de ciertas actividades que generan un importante atractivo (factores *«pull»*). El servicio doméstico, por ejemplo, es uno de los principales sectores que impulsan la migración laboral femenina internacional. A medida que ha ido aumentando el número de mujeres de América del Norte, de Europa occidental y de Asia oriental que se incorporan al mercado laboral, ha ido disminuyendo la cantidad de mujeres disponibles para cuidar a los ancianos, los niños y los enfermos. En el caso de España, por ejemplo, la tasa de actividad de las mujeres se ha incrementado al mismo ritmo que la proporción de mujeres inmigradas ocupadas en el servicio doméstico, ya que para muchas mujeres españolas la conciliación entre trabajo y familia se ha logrado gracias a la externalización de ciertas tareas domésticas y del cuidado de dependientes[24].

Por otra parte, no conviene olvidar que muchas de las migrantes internacionales que trabajan en el servicio doméstico o cuidan a otras personas en el extranjero también tienen sus propios hijos y ancianos de quienes deben ocuparse. Es común que las mujeres migrantes transfieran esta responsabilidad a otras mujeres de la familia o contraten a su vez a trabajadoras domésticas de bajos ingresos para que cuiden sus propios hogares. Este fenómeno es conocido como «la cadena mundial de cuidados», un sistema internacional de atención de las personas, estratificado en función de la clase social y, a menudo, del grupo étnico de pertenencia.

Otros sectores de ocupación para muchas de las migrantes internacionales africanas son el mundo del espectáculo y la industria del sexo, aunque suele tratarse de actividades refugio, a las que suelen recurrir cuando escasean otras alternativas, sobre todo cuando se trata de migrantes poco cualificadas. Estas últimas también suelen emplearse como trabajadoras industriales o en el sector de la agricultura intensiva, en función de la demanda de mano de obra para la recolección de frutos.

De forma complementaria se ha producido una cierta evolución en nichos de actividad que, aunque minoritarios, han adquirido un creciente protagonismo. Se trata de aquellos que implican la contratación de profesionales: maestras, enfermeras, científicas, técnicas y propietarias de empresas, es decir, los grupos más cualificados, lo que tradicionalmente se ha identificado como «fuga de cerebros» y que involucran a un número mayor de mujeres a medida que pasan los años. Entre 1998 y 2004, por ejemplo, se cuadruplicó el número de enfermeras diplomadas procedentes de África en el Reino Unido, según UNPF.

---

(23) Se trata de una Red puesta a disposición de la sociedad por los gobiernos de España y de Mozambique en 2006, que nació del encuentro entre mujeres españolas y africanas y que ha celebrado el año 2010 su última reunión en Valencia (V).

(24) «Regarding the gender, Spanish women's activity rates have risen due to the greater presence of immigrants as domestic workers. For many Spanish women, the conciliation between job and family is achieved partially by means of the externalization of some domestic tasks and the care of dependants». DOMÍNGUEZ, J., y GUERRA, R., «The Demographic Transition and Immigration Flows in Spain: A Close Relationship», *Geographical review of Japan* (series B), 2009, pp. 4-15.

También es interesante valorar que en el mercado de trabajo de África occidental y meridional ha jugado un rol destacado el comercio transfronterizo y la implicación creciente de mujeres que se dedican a esta actividad. Ello se debe, fundamentalmente, a que el autoempleo les permite armonizar su trabajo con sus responsabilidades familiares y les ofrece alternativas a situaciones de discriminación laboral o explotación. Nos parece de suma importancia este hecho porque las prácticas del comercio transfronterizo entre países africanos se han ampliado, en el caso de algunas mujeres senegalesas, a un ámbito geográfico más extenso, que involucra al continente americano, al sur de Europa y, específicamente, a las áreas turísticas de España y Canarias.

Por último, es necesario señalar que las posibilidades de inserción de las mujeres en el mercado de trabajo descrito se ven condicionadas por la normativa que regula los procesos migratorios en los países de origen y destino. Las políticas migratorias suelen determinar cuántas mujeres pueden emigrar y cómo pueden hacerlo, lo que favorece situaciones de discriminación femenina. Estas circunstancias se dan cuando las políticas de los países de destino establecen la demanda de trabajadores tan sólo para ciertas ocupaciones masculinizadas, cuando excluyen de la normativa laboral la regulación del servicio doméstico o de la industria del espectáculo, cuando dificultan la reagrupación familiar de trabajadoras poco cualificadas, cuando impiden que las mujeres trabajen cuando llegan por razones de dependencia (como familiares a cargo), o cuando la política económica de las sociedades de acogida no consigue erradicar el empleo informal.

3. Consecuencias de las migraciones femeninas

El impacto de los procesos migratorios de mujeres puede ser analizado desde múltiples puntos de vista, cuya caracterización podríamos simplificar en los de orden económico y los de orden social. Son evidentes los beneficios económicos de la emigración, tanto en lo que respecta a las áreas de procedencia como en los lugares de acogida.

En relación con los países de acogida, al mismo tiempo que aumenta la demanda de mujeres migrantes, no sólo para puestos muy especializados, sino también en labores con escasa retribución, que requieren poca capacitación, en agricultura, limpieza y manutención, servicio doméstico y cuidado de la salud…, las migrantes se enfrentan al reto de peores condiciones laborales. Las migrantes suelen ser relegadas a ciertos trabajos para los cuales las trabajadoras nacionales no están disponibles y pasan a engrosar, muchas veces, la economía informal. Esto representa un abaratamiento de los costes privados de la mano de obra y reduce las tensiones inflacionarias de los países de acogida, al margen de que posibilita la integración laboral de las mujeres de los países de acogida, al liberarlas de ciertas tareas reproductivas.

En cuanto a las repercusiones en el país de origen, contribuyen al crecimiento económico con las remesas, la transferencia de capital y conocimientos, a través de la migración de retorno, y con la transferencia de tecnología e inversiones de capital por las comunidades en el exterior. El dinero que las mujeres migrantes envían suele elevar por encima de la pobreza a familias y comunidades enteras y, aunque el importe total que remiten las mujeres es inferior al de los hombres, porque suelen cobrar menos, giran una proporción mayor de sus ingresos, regular y sistemáticamente. Además, las remesas de las

mujeres se utilizan para sufragar necesidades cotidianas y servicios de salud o educación, mientras que las de los hombres se gastan más en artículos de consumo, automóviles y aparatos de televisión, y también en bienes raíces y ganado.

Por otra parte, las «remesas sociales» de las migrantes (ideas, conocimientos, actitudes, etc.) pueden estimular el desarrollo socioeconómico y promover los derechos humanos y la igualdad entre hombres y mujeres, dado que las mujeres migrantes que envían dinero transmiten una nueva definición de lo que significa ser mujer y esto puede afectar a la manera en que las comunidades valoran a las mujeres, porque la experiencia migratoria suele transformar los papeles tradicionales, privados y públicos, de hombres y mujeres. El trasladarse a un nuevo país las hace exponerse a nuevas ideas y normas sociales que pueden promover sus derechos y posibilitar el que participen más plenamente en la sociedad en la que se integran. Al mismo tiempo, las mujeres migrantes también tienen un papel en la promoción de los derechos de las mujeres que quedaron en el lugar de procedencia y suelen adquirir actitudes, opiniones y conocimientos que nos permiten valorar la experiencia de la migración como positiva. Sin embargo, cuando las mujeres migran por razones de reunificación familiar, en ocasiones se pueden sentir aisladas, desprovistas de relaciones sociales, porque han dejado atrás una red amplia de parientas y amigas, a quienes podían recurrir.

En otro orden de cosas, desde el punto de vista de la convivencia y los hogares, se ha de tener en cuenta que, a raíz del incremento de los desplazamientos humanos, ha surgido un nuevo fenómeno: la familia transnacional. Son familias transnacionales aquéllas cuyos miembros pertenecen a dos hogares, dos culturas y dos economías, simultáneamente. Esa situación tiene muchas variantes y se caracteriza por cambios entre quienes asumen papeles de jefes de familia, inclusive abuelas y jóvenes, que se encargan de los niños cuando el padre, la madre o ambos están en el extranjero. La consolidación de este nuevo tipo de familias no impide que la decisión de emigrar aparezca tamizada por nuevas emociones que se producen en las mujeres que se marchan y en las personas que quedan atrás, especialmente, en sus hijos. Las madres tienen, generalmente, sentimientos de culpabilidad por el hecho de separarse de sus hijos y los niños afrontan momentos difíciles cuando pierden el afecto y el cuidado de sus madres. Sin embargo, distintos trabajos han puesto de manifiesto que los niños generalmente reconocen que sus madres se han marchado para procurarles su bienestar y que esta condición de hijos de mujeres migrantes no supone que se hallen en situación de desventaja con respecto a otros niños de madres no migrantes.

IV. LA INMIGRACIÓN SENEGALESA EN ESPAÑA

1. Antecedentes y evolución

En la Península Ibérica, el inicio de la inmigración senegalesa tuvo lugar en la comarca del Maresme, en Cataluña, a comienzos de los años ochenta. No hay datos estadísticos precisos de la dimensión de este flujo, sin embargo el proceso de regularización del año 1991 reflejó una cifra notable de peticiones de senegambianos en las provincias de Barcelona y Gerona, donde trabajaban en la agricultura, lo que demuestra su importancia.

En Canarias, la inmigración senegalesa tiene una considerable antigüedad, por la estrecha vinculación histórica del Archipiélago con Senegal. Este país fue escala obligada en el desplazamiento de los veleros que partían del Archipiélago y bordeaban

la costa africana; además de que muchas de las actividades de la flota pesquera canaria se desarrollaban en sus caladeros y, por ello, Senegal fue también camino del exilio de algunos perseguidos políticos canarios en los primeros años de la Dictadura de Franco.

Por otra parte, la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria fue, durante años, un lugar de negocio de transacciones comerciales senegalesas, al amparo del régimen de puerto franco. Por ello, en relación con otras regiones, Canarias reunía a la primera comunidad senegalesa de España a principios de los años noventa, si bien su número era aún reducido. Conviene tener en cuenta que muchos de los senegaleses realizaban una cierta migración circular que vinculaba Canarias con otros puntos de Europa y, fundamentalmente, con su país de origen. En la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria había algún que otro comercio especializado que vendía «batik», un tipo de tejidos procedentes de manufacturas británicas, que se trataban con una técnica específica para darles color y que son utilizados por las mujeres senegalesas para confeccionar su vestimenta habitual.

En la primera década del siglo XXI, la inmigración senegalesa se ha incrementado notablemente. Los residentes de este origen en el conjunto de España ascendían a 56.048, según datos del Padrón de 2009. Eso los sitúa en segunda posición en cuanto a los colectivos de africanos, si bien a considerable distancia de los marroquíes. En el caso de Canarias constituyen el tercer colectivo africano, tras los marroquíes y mauritanos, y el primero del África subsahariana. El número de empadronados en los distintos ayuntamientos de Canarias se elevaba a 2.987 en el año 2009.

Se trata de un flujo consolidado, que ha evolucionado al mismo ritmo que lo ha hecho la población extranjera en España y Canarias, como puede apreciarse en la siguiente tabla.

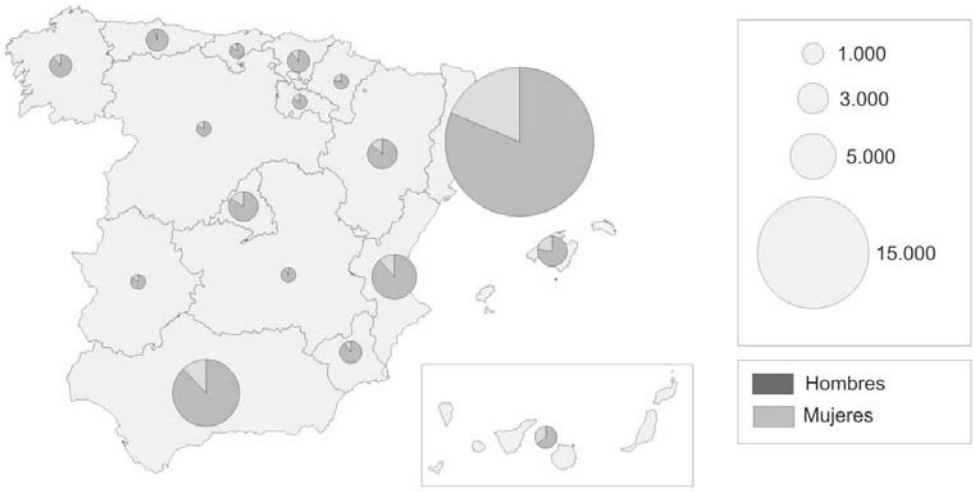
TABLA 1. EVOLUCIÓN DE LOS SENEGALESES Y DEL TOTAL DE EXTRANJEROS EN CANARIAS

	Senegaleses	Total extranjeros
2000	663	77.196
2001	1.154	107.930
2002	1.455	143.138
2003	1.749	179.493
2004	1.762	185.781
2005	2.279	222.260
2006	2.458	233.447
2007	2.430	250.736
2008	2.628	283.847
2009	3.022	301.204
2010	3.237	307.379

Fuente: Explotación estadística del Padrón. INE

El mayor crecimiento de la comunidad senegalesa ha coincidido con los procesos de regularización de 2000, 2001 y 2005, lo que revela la importancia de la inmigración irregular de este origen y el papel de subordinación que ha tenido este grupo en el mercado de trabajo español. En los años 2006, 2007, 2008 y 2009 se ha producido un gran número de inscripciones, que ha obedecido, con cierta probabilidad, a procesos de reagrupación familiar. Estos tan sólo se inician cuando adquiere una cierta tradición y consolidación el flujo de inmigración masculina. Paralelamente a este incremento, se ha producido una diversificación profesional de la colonia de inmigrados y su dispersión por las áreas más dinámicas de la geografía española (figura 1).

FIGURA 1. MAPA DE LA LOCALIZACIÓN GEOGRÁFICA DE LOS RESIDENTES SENEGALESES



Fuente: Explotación estadística del Padrón. INE, 2009

2. El origen geográfico

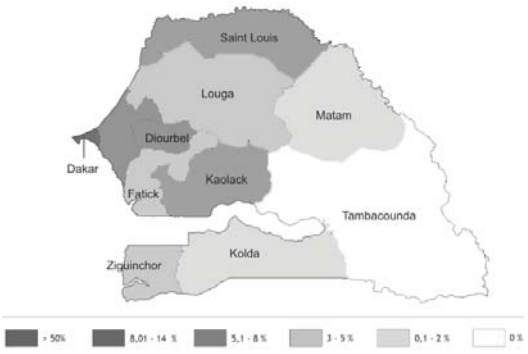
De acuerdo con la información que nos han proporcionado los expedientes tramitados durante los procesos de regularización de inmigrantes, la emigración senegalesa hacia el exterior procede de las regiones más dinámicas del país, aquéllas que se encuentran orientadas al Atlántico y, especialmente, de las ciudades y sus periferias, que son, a su vez, puntos de atracción de la migración interior.

Los datos de las solicitudes de permiso de trabajo de los primeros años noventa también reflejaban esta misma pauta, es decir, el mismo patrón en cuanto al origen geográfico de dichos inmigrantes. En el caso de Canarias, la región de Dakar representaba el 56% del total de los lugares de procedencia de los solicitantes de permiso de trabajo en la última década del siglo XX. En ese momento, en orden decreciente, le seguían Rusfique, Saint Louis y Kaolack. Llama la atención, finalmente, la reducidísima participación de las regiones de Senegal Oriental en la relación de los lugares de nacimiento. No es casual que se trate de la zona más árida y deprimida del país, circunstancia que confirma que la mayor parte de los emigrantes, en esta fecha, no procedía de entornos rurales sino de ámbitos urbanos.

Hacia 2005, la región de Dakar mantenía un peso superior a cualesquiera otras en el origen de la población inmigrada y, en particular, los enclaves de Dakar, Pikine y Rusfique. Le seguía la región de Thiés, con su capital y los núcleos de Mbour y Tivaouane. La región de Diourbel se situaba en tercera posición (Mbacke, Diourbel, Bambey y Touba) y, seguidamente, las de Kaolack, Saint Louis, Louga, Ziguinchor (Casamance) y Fatick. Las regiones orientales eran la cuna de muy pocos inmigrados, al igual que las regiones meridionales, lo que indica que persiste la misma pauta de los años noventa y que los conflictos que han afectado al sur del país y, especialmente a Casamance, no han tenido grandes repercusiones en la emigración exterior que se dirigió a Canarias.

En síntesis, la procedencia de la mayor parte de los senegaleses que residen en Canarias es predominantemente urbana y la mayor atracción de Canarias se ejerce sobre la capital del país y su área de influencia. A medida que nos alejamos de este centro neurálgico de la costa occidental africana disminuye el número de inmigrantes, tal y como puede apreciarse en la figura 2.

FIGURA 2. MAPA DE LAS REGIONES DE NACIMIENTO DE LOS INMIGRANTES SENEGALESES EN CANARIAS. 2005



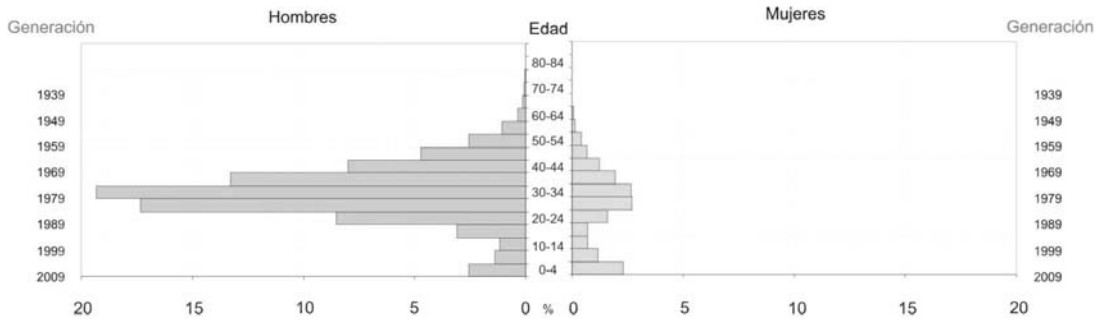
Fuente: Proceso de normalización de inmigrantes. 2005

3. Las estructuras demográficas

El análisis por sexo y edad de una comunidad de residentes extranjeros arroja importantes datos acerca del nivel de consolidación de una corriente migratoria. En este sentido, la feminización de un colectivo y la existencia de varias generaciones puede revelar la existencia de estructuras familiares cohesionadas.

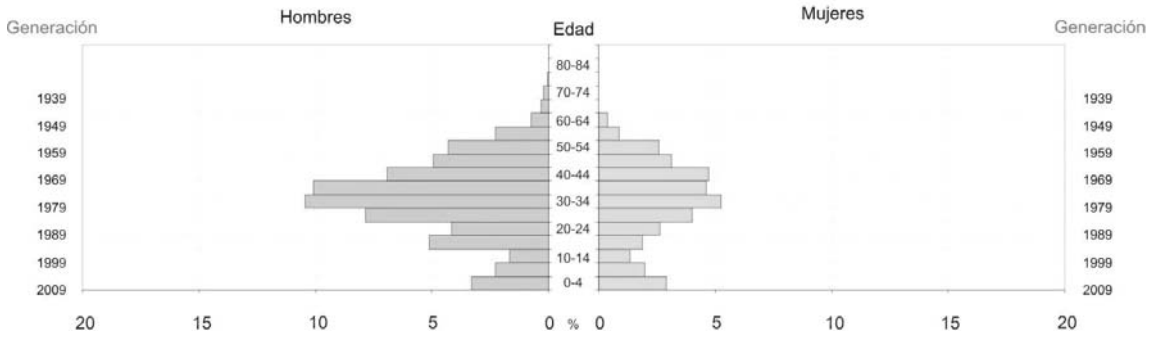
En el caso de la comunidad senegalesa, en el conjunto de España aún predominan una estructura muy masculinizada y unas abultadas cohortes de adultos activos, lo que podemos interpretar como un signo de escaso arraigo y de hegemonía de la inmigración laboral de hombres solos. En el caso de Canarias, sin embargo, el porcentaje de inmigración femenina es mayor, hasta el punto de que en las cohortes comprendidas entre los 30 y los 40 años se llega a equiparar el grupo de hombres al de mujeres, lo que nos empuja a pensar en redes autónomas pero paralelas entre ambos grupos. Todo ello se aprecia convenientemente en las pirámides de población de España y Canarias de las figuras 3 y 4.

Figura 3. Pirámide de población de los senegaleses residentes en España (2009)



Fuente: Explotación estadística del Padrón. INE, 2009

Figura 4. Pirámide de población de los senegaleses residentes en Canarias (2009)



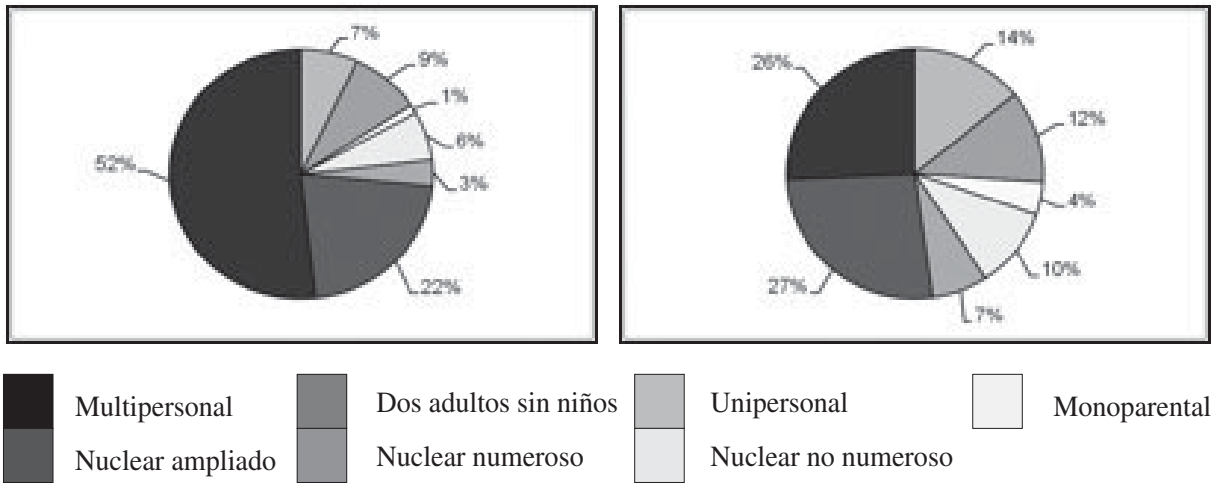
Fuente: Explotación estadística del Padrón. INE, 2009

También es interesante analizar las estructuras de convivencia de los colectivos de esta población inmigrada, ya que su tipología puede ser indicativa de los procesos de integración, de los ciclos de vida y del propio nivel de desarrollo económico que caracteriza a dicha colectividad. Los vínculos familiares o el «techo común» son los elementos que definen las agrupaciones o unidades básicas de convivencia y de consumo.

En Canarias, la tipología de los hogares de residentes senegaleses refleja cierta tendencia hacia el asentamiento y a la formación de familias nucleares. Sin embargo, se aprecia que los hogares de gran tamaño, ya sea numerosos (padre y madre y cuatro o más hijos), ampliados (hogares nucleares a los que se han sumado otros miembros no pertenecientes directamente al núcleo familiar) o multipersonales (agrupación en un hogar de personas no ligadas mediante vínculos familiares) tienen un gran peso, así como los hogares de hombres

solos o de dos adultos sin niños. Es decir, se advierten pautas de convivencia diferenciadas con respecto a las de la población española, que obedecen al hecho migratorio (necesidad de ahorrar en los costes de alojamiento, lo que favorece agrupamientos de convivencia no familiares) y a las estructuras de convivencia propias de otros patrones culturales (hogares más numerosos por una mayor descendencia, hogares ampliados…) (figura 5).

FIGURA 5. ESTRUCTURA DE HOGARES DE SENEGALESES EN ESPAÑA Y CANARIAS (2001)



Fuente: Censo de Población y Viviendas, 2001

4. El mercado laboral de los senegaleses en Canarias

Desde el año de 1995, en que se inició un período de bonanza económica en España, el producto interior bruto de Canarias se incrementó considerablemente, hasta el año 2008, en que se empezaron a manifestar los primeros efectos de la actual crisis. Durante este período se produjo una creciente especialización turística, una mayor demanda de trabajo para sectores poco cualificados y una acentuada flexibilización laboral. Estos factores guardan una estrecha relación con la intensificación de los flujos migratorios de este período y, en especial, con los de carácter irregular.

La presencia de la actual población senegalesa que reside en Canarias se ha de explicar en este contexto económico. Por ello, en correspondencia con su carácter de inmigrantes laborales llegados en un momento de expansión económica, los senegaleses que residen en Canarias presentan una tasa de actividad muy elevada (82%), incluso en el caso de las mujeres (66%). La población inactiva no llega a alcanzar el 20% de los ciudadanos de esta nacionalidad, un patrón de comportamiento común al de otros residentes africanos y, en general, al de la mayor parte de los extranjeros no comunitarios que viven en Canarias.

Por otra parte, estos inmigrantes se ven más afectados por el desempleo y los contratos temporales y precarios que los trabajadores autóctonos. Una alta proporción de ellos son trabajadores autónomos y sobresalen en el comercio ambulante, un nicho de trabajo

tradicional en Canarias, al igual que en otras áreas turísticas españolas, sobre todo en una fase inicial de establecimiento. La precariedad laboral y la elevada irregularidad en el empleo implican que su actitud hacia el trabajo haya diferido de la de otros trabajadores, fundamentalmente en lo que respecta a la movilidad. Es decir, la necesidad de hacer frente a un mayor riesgo de desempleo los ha llevado a adoptar un comportamiento más proclive a la movilidad entre empresas y ocupaciones.

En consecuencia, la mayor parte de los residentes senegaleses ha ocupado los puestos más inestables del mercado secundario y se ha mantenido en dichos empleos, de forma que ha desarrollado funciones complementarias a las de otros trabajadores y, fundamentalmente, a las de los nativos tal y como se puede reconocer en el análisis de los sectores de actividad en que trabajan. Los senegaleses están sobrerrepresentados en la agricultura, servicios y construcción, según datos de los procesos de regularización de 2000 y de normalización de 2005, en los que las primeras profesiones declaradas fueron: empleados domésticos y trabajadores de limpieza, peones agrícolas, peones de la construcción y exhibidores de comercio y dependientes (tablas 2 y 3), lo que corrobora las anteriores afirmaciones.

TABLA 2. DECLARACIÓN DE ACTIVIDAD LABORAL EN EL PROCESO DE REGULARIZACIÓN DE 2000

Senegaleses			**Senegalesas**		
Sector primario	Peones agropecuarios	13			
Construcción	Peones construcción	10			
	Otros construcción	1			
Industria	Mecánico	1			
	Soldador, chapista	1			
	Trabajador madera	1			
Servicios	Trabajador hostelería	6	Servicios	Empleo doméstico	16
	Dependientes comercio	3		Trabajador hostelería	2
	Limpieza	3		Auxiliar administrativo	1
	Empleado biblioteca	1		Dependiente comercio	1

Fuente: Proceso de regularización de 2000. Delegación del Gobierno

TABLA 3. DECLARACIÓN DE ACTIVIDAD LABORAL EN EL PROCESO DE NORMALIZACIÓN DE 2005

			H	**M**
Sector primario		Peones agrícolas	23	6
		Trabajadores cualificados por cuenta ajena en actividades agrícolas	5	1

			H	M
Construcción		Peones de la construcción	27	2
		Albañiles y mamposteros	5	
		Electricistas de construcción y asimilados	3	
		Techadores	2	
		Trabajadores en hormigón armado, enfoscadores y asimilados	2	
		Carpinteros	1	
Industria		Mecánicos y ajustadores de maquinaria y equipos eléctricos	1	
		Peones de industrias manufactureras	1	
		Trabajadores de la industria textil, la confección y asimilados	1	
Servicios	Hostelería	Camareros, «bármanes» y asimilados	6	4
		Cocineros y otros preparadores de comidas	2	2
	Comercio	Dependientes y exhibidores en tiendas…	14	8
		Cajeros, taquilleros y otros empleados asimilados…	1	
		Gerencia de empresas de comercio al por menor	1	
		Representantes de comercio y técnicos de venta	4	
		Trabajadores no cualificados en el comercio	3	
	Servicio doméstico, limpieza, conserjes y asimilados	Conserje de edificios, limpia-cristales y asimilados	1	
		Empleados del hogar	25	29
		Ordenanzas	2	
		Otros trabajadores no cualificados en otros servicios	1	
		Personal de limpieza de fachadas de edificios	3	
		Personal de limpieza de oficinas, hoteles u otros asimilados	5	13
	Servicios personales	Peluqueros, tratamiento de la belleza y asimilados		3
		Trabajadores que se dedican al cuidado de personas y asimilados		1
	Transporte	Empleados de registro de materiales de apoyo al transporte	1	
		Peones de transporte y descargadores	2	
	Arte y espectáculo	Profesionales del mundo artístico, del espectáculo y de los deportes	1	2
Varios		Varios (sin determinar)	146	52
		Total general	**289**	**123**

Fuente: Proceso de normalización de 2005. Delegación del Gobierno

V. LA MUJER SENEGALESA EN ESPAÑA Y CANARIAS

Las senegalesas que residen en Canarias pueden ser consideradas en dos grandes categorías en función de su periplo migratorio, por una parte las que vienen como acompañantes familiares de sus esposos o padres, y por otra las que realizan el viaje de forma autónoma.

Las primeras fueron llegando por reagrupación familiar, o por matrimonio, a medida que se producía la consolidación laboral y la proyección social de los hombres. También podríamos encuadrar en esta categoría a aquéllas que nacieron en España. De hecho, todas las niñas que residen en España están vinculadas a la trayectoria migratoria de sus progenitores o de otros familiares. Esto último cabe afirmarlo en función de que entre los menores no acompañados llegados a Canarias por vía irregular, en embarcaciones no autorizadas y, especialmente, en el momento de máxima intensidad de este tipo de inmigración, la de los años 2006 y 2007, no había ni una sola niña, tan sólo niños. Muchos de esos niños, que llegaron a representar una cifra considerable en aquellos años[25], han salido ya de los centros de acogida y se han ido abriendo camino en Canarias y en otros puntos de España.

Como pudimos reconocer en la estructura biodemográfica de la población senegalesa, en su conjunto, la proporción de mujeres es menor que la de hombres y su máximo volumen corresponde a las comprendidas entre los 25 y los 40 años de edad. Tanto las mujeres ancianas como las adolescentes representan cifras muy reducidas, si bien se aprecia que hay un cierto colectivo de niñas, lo que revela las pautas ya señaladas de la conformación de familias en los últimos quince años, el momento de máxima atracción inmigratoria. A lo largo de este periodo se fue produciendo, simultáneamente, una cierta integración de dichas mujeres, a consecuencia de las redes de solidaridad que se desarrollan entre compatriotas y gracias a otro tipo de mecanismos que derivan, principalmente, de la oferta pública de servicios (clases de español, contacto con padres y madres de otros niños en los colegios…).

Estas redes de solidaridad, que afectan tanto a las trabajadoras como a las mujeres dependientes, pueden reconocerse a partir del incremento de las asociaciones de senegaleses que, tan sólo en el archipiélago, alcanzaban la cifra de 16 en el año 2009, según el registro de asociaciones del Gobierno de Canarias. En cuanto a las características de dichas asociaciones, casi todas son de carácter genérico, pero llaman la atención otras específicas, entre las que se halla una de mujeres senegalesas, cuya sede social está en el municipio turístico de Arona, en la isla de Tenerife, «La voz de las mujeres senegalesas en la isla de Tenerife».

En cuanto a las migrantes senegalesas que han llegado con un proyecto migratorio autónomo, atraídas por el mercado de trabajo o por las posibilidades de negocio, destacan las empleadas domésticas, las trabajadoras agrícolas y las comerciantes-viajeras.

Entre las distintas medidas de política migratoria desarrolladas por el gobierno español en los años de máxima afluencia de inmigrantes, se hallaba la apertura de unos cupos de

(25) Concretamente, en 2006, los menores no acompañados de origen mayoritariamente senegalés y maliense fueron 661.

solicitudes en determinadas ocupaciones de difícil cobertura, a los que podían acogerse dichos inmigrantes. Entre esas ocupaciones se encontraban dos que demandaban mano de obra femenina sin cualificar, para cubrir tareas en el servicio doméstico y en la recolección agrícola.

Con respecto a la primera modalidad migratoria, lo habitual ha sido que las empleadas domésticas llegaran con un contrato de trabajo como internas. El mecanismo de socialización, en este caso, lo garantizan los contactos que mantienen con compatriotas, a través del teléfono o en su tiempo libre. Se trata de conocidas, amigas, parientes… que actuaron como nexo e incentivo para la migración de esas otras mujeres de su mismo origen. Tras un cierto tiempo algunas se independizan, pasan a trabajar como externas y se integran más en la sociedad de acogida.

En cuanto a la migración por razones agrícolas, no sólo han tenido un importante papel los cupos descritos sino también el convenio específico que intentaba regular una cierta migración circular o golondrina de mujeres (específicamente para la recolección de cosechas en una temporada agrícola) y que se desarrolló, después de 2006, entre otras contrapartidas del gobierno español al de Senegal, en las negociaciones bilaterales que se promovieron para intentar frenar la inmigración irregular de cayucos. Pese a las características de estos contratos de temporada, la mayor parte de ellas, tras concluir la campaña agrícola, intentó quedarse a vivir en España.

Las actividades reguladas mediante el marco normativo descrito fueron insuficientes para atender a la oferta y demanda de mano de obra escasamente cualificada en un momento de expansión económica y, por esa razón, prevaleció la inmigración irregular. Es decir, las mujeres senegalesas activas debieron venir a España como turistas y, tras superar el período de tres meses que las autorizaba para residir en el país como tales, pasaron a una situación de estancia irregular y se emplearon en la economía informal, como ponen de manifiesto las solicitudes de regularización de los años 2000 y 2005, a las que antes nos hemos referido y que, en el caso de las mujeres, se elevaron en Canarias a 20, en el primer año, y a 123 en el segundo. Los sectores en los que dichas mujeres demandaban un reconocimiento a su actividad laboral correspondían al servicio doméstico y tareas de limpieza, en primer lugar, al comercio, en segundo lugar, y a la agricultura, en tercero, como ya hemos señalado, aunque la mayoría no señala una actividad específica, quedando encuadradas en el capítulo de varios, un factor que nos permite reconocer la inestabilidad laboral del colectivo y su flexibilidad ante el empleo.

Entre las profesiones citadas se han excluido las vinculadas al espectáculo o a la industria del sexo, por la lógica ausencia de datos, aunque fuentes cualitativas han puesto de manifiesto que dichas prácticas las ejercen algunas mujeres en algún momento de su vida, dado que se trata de alternativas que les permiten seguir adelante y consolidar un cierto nivel de vida en el lugar de acogida.

Por último, para distintos autores, las mujeres senegalesas comerciantes corresponden a una categoría diferente, ya que se podría considerar que son más viajeras que emigrantes, porque van y vienen continuamente a y desde España y, especialmente, a y desde las regiones turísticas, donde desarrollan su negocio. Como vendedoras al por mayor hacen también largos viajes a otros continentes (Asia y Norteamérica). Quieren ganar dinero, para comprar y vender y comprar otra vez, e intentan volver a Senegal con la

misma ambición comercial. Ese estatus económico y social genera respetabilidad y les proporciona una posición prestigiosa. Con sus ingresos, financian casas y coches para sus maridos y familias en Senegal y también invierten el dinero en ceremonias familiares, para aumentar el prestigio propio y el de su familia en la comunidad local, pues, para las mujeres, la promoción social y la propia moralidad están entrelazadas en redes de relaciones interpersonales.

VI. CONCLUSIONES

La migración de mujeres senegalesas se puede interpretar a la luz de la geografía de género, un marco conceptual que nos permite analizar los procesos transnacionales y las nuevas identidades que consolida la experiencia migratoria, así como la persistencia de ciertos roles femeninos, de carácter ancestral, que perpetúan las estructuras patriarcales.

Como migrantes internacionales, el número de mujeres senegalesas se ha ido incrementando paulatinamente, en consonancia con las pautas que ha adquirido la emigración de mujeres en tiempos de la globalización.

En España y, en especial, en Canarias, a esta tendencia se suma la atracción que representó la etapa de prosperidad económica de 1995-2007, lo que favoreció la consolidación de la corriente y un mayor arraigo de este colectivo. Por ello, en las estructuras demográficas se reconoce el considerable volumen de mujeres adultas, la conformación de familias, la persistencia de formas de convivencia propias de sus lugares de origen (hogares amplios), así como la existencia de hogares no familiares, lo que denota su condición de inmigradas.

Muchas participan en el mercado de trabajo, aunque un número considerable de ellas llegaron como acompañantes familiares. Las que hicieron el viaje con un proyecto autónomo llegaron con un contrato previo o como turistas, pasando luego, generalmente, a una situación de irregularidad. La diferenciada consideración social de hombres y mujeres en su país de origen llevó a que no optaran por la vía de la emigración marítima no autorizada en cayucos o a que no fueran escogidas por sus familiares para enviarlas en este tipo de embarcaciones, en las que sí llegaron adultos jóvenes, muchachos y menores no acompañados.

Un análisis detallado de los sectores de actividad en que se emplean manifiesta su mayoritaria participación en el mercado de trabajo secundario, principalmente en ocupaciones del servicio doméstico, labores de limpieza en hoteles y otros establecimientos, en la agricultura intensiva y el comercio. Este último nicho de empleo equipara a muchas de ellas a los hombres, en cuanto que se trata de comerciantes autónomas.

Desde el año de 2008, la crisis económica ha originado una cierta contracción de la inmigración; sin embargo, el número de senegaleses ha seguido aumentando y no se han producido importantes retornos, ni de hombres ni de mujeres. Ello es indicativo de que se hace muy difícil renunciar a los beneficios que les ha reportado la emigración, un proceso que, con frecuencia, les permite alcanzar mayores niveles de autonomía personal, sobre todo si se trata de mujeres que se integran en el mercado de trabajo.

La conciencia de que son inmigradas y de que ello las vincula a otras mujeres de su mismo origen las ha conducido a participar en las asociaciones de senegaleses y, lo que es más significativo, a crear una asociación específica de mujeres. El título de dicha asociación: «La voz de las mujeres senegalesas…» es indicativo de su voluntad de ser reconocidas y de ocupar un espacio en la sociedad civil organizada, la sociedad española del siglo XXI que, gracias a su presencia y a la de otros muchos inmigrantes, se ha vuelto más heterogénea y más rica, en términos sociales y culturales.

VIII. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS ENTRE CABO VERDE Y LA UNIÓN EUROPEA (EN ESPECIAL HACIA ESPAÑA)

José Pina-Delgado

Profesor Graduado de Derecho Público y Teoría del Derecho, Departamento de Derecho y de Estudios Internacionales, Instituto Superior de Ciencias Jurídicas y Sociales, Praia, República de Cabo Verde

RESUMEN

La regulación internacional de los flujos migratorios entre Cabo Verde y la Unión Europea (en especial hacia España)

El objetivo de este artículo es presentar los esfuerzos recientes de regulación de flujos migratorios entre Cabo Verde y Europa (en particular, con España), incidiendo especialmente en la Asociación de Movilidad recientemente creada y en los acuerdos e instrumentos bilaterales que lleva asociados. Comenzaré tejiendo unas breves consideraciones respecto a la regulación jurídica-internacional de las migraciones mostrando cómo, a partir de éstas, va a emerger una faceta bilateralizada y de externalización de la política de inmigración de espacios de recepción, máxime de la Unión Europea; a continuación trataré de describir críticamente el marco político y jurídico que regula en este momento la cuestión de las relaciones migratorias entre Cabo Verde y el espacio europeo, comentando especialmente los principales tratados que forman parte de tales acuerdos, dejando para la conclusión diversas consideraciones respecto a las implicaciones que dicho mecanismo supone para los intereses de Cabo Verde.

Palabras clave: Gestión de migraciones, Derecho internacional, asociaciones de movilidad, acuerdos, externalización, Cabo Verde, Unión Europea, España.

ABSTRACT

Cape-verdean experience in the migration management with the European Union and, in particular, with Spain

The aim of this article is the presentation of recent efforts to regulate migration between Cape Verde and Europe (in particularly with Spain), focusing, specially, in the Partnership for Mobility recently established and on the connected agreements and bilateral agreements. I will start by making comments concerning legal international regulation of movement of persons and by showing how a bilateral and externalized face of immigration policy of reception spaces, specially of the European Union, emerged. Then, I will critically describe the political and legal framework that nowadays regulate migration relations between Cape Verde and the European Area, specially through comments of major treaties that are linked with partnership agreements. Finally, for the concluding remarks, I will leave considerations about effects of that regime for Cape Verdean interests.

Key words: Migration management; international law; partnerships for mobility; treaties; externalization; Cape Verde; European Union; Spain.

Sumario

INTRODUCCIÓN: EL MARCO DE UNA NACIÓN DE EMIGRACIÓN TRADICIONAL EN LA POLÍTICA INTERNACIONAL Y EUROPEA DE GESTIÓN DE MIGRACIONES.

I. REGULACIÓN JURÍDICA-INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES.

II. EL MARCO POLÍTICO-INTERNACIONAL DE LA GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS ENTRE CABO VERDE Y EL ESPACIO EUROPEO: LA EMERGENCIA DE LAS ASOCIACIONES.

1. La Asociación Especial.

2. La Asociación de Movilidad (AdM). Un compromiso de facilitación de la movilidad a cambio de la cooperación en la lucha contra la inmigración «ilegal».

III. EL MARCO JURÍDICO-INTERNACIONAL DE LA GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS ENTRE CABO VERDE Y EL ESPACIO EUROPEO.

1. Regulación de la movilidad, integración de inmigrantes y apoyo al desarrollo.

A) Movilidad laboral y no-laboral.
B) Integración y apoyo al desarrollo.

2. Regulación de la cooperación en la represión de la inmigración irregular.

A) Cooperación en el impedimento a la entrada: desarrollo de sistemas de fiscalización conjunta de fronteras terrestres y, especialmente, marítimas.
B) Cooperación en la expulsión: la creación de obligaciones de readmisión.
C) Instrumentos complementarios de cooperación: los acuerdos de cooperación judicial penal.
D) Acuerdos paralelos con terceros: la libre circulación de personas en el espacio de la CEDEAO y de la CPLP, las relaciones bilaterales de movilidad y la gestión de inmigración Cabo Verde-Unión Europea.

IV. EVALUACIÓN: ¿PUEDE CABO VERDE BENEFICIARSE DEL MODELO DE GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS ESTABLECIDO PARA LA ASOCIACIÓN DE MOVILIDAD?

INTRODUCCIÓN: EL MARCO DE UNA NACIÓN DE EMIGRACIÓN TRADICIONAL EN LA POLÍTICA INTERNACIONAL Y EUROPEA DE GESTIÓN DE MIGRACIONES

Pocos fenómenos se encuentran tan intrínsecamente ligados a la Historia del pueblo caboverdiano como el de las migraciones[1]. En este archipiélago de nueve islas que se hallaban desha-

(1) *Cfr.* el clásico caboverdiano CARREIRA, A., *Migrações nas Ilhas de Cabo Verde*, Praia, ICL, 1983, así como los más recientes AKKESON, L., *Making a Life. Meanings of Migration in Cape Verde*, Phd. Thesis, Göteborg, Göteborg University, Department of Social Anthropology, 2004; CARLING, J., *Aspiration and ability in international migration: Cape Verdean experiences of mobility and immobility*, Cand. Pol. Degree Human Geography, Oslo, University of Oslo, Department of Sociology and Human Geography, 2001; BATALHA, L. & CARLING, J. (eds.), *Transnational Archipelago: Perspectives on Cape Verdean Migration and Diaspora*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2008.

bitadas cuando fueron «descubiertas»[2], el elemento humano externo ha sido imprescindible para tornar en una realidad lo que en su día llegaría a ser el Estado de Cabo Verde[3]. Inicialmente fue colonizado por algunos funcionarios lusitanos, a los que se sumaron los influjos de judíos o nuevos cristianos[4], muchos de éstos vinculados a España y, más adelante, llegaron miles de personas procedentes de distintas naciones africanas[5], en el marco de su utilización como puesto de abastecimiento y de «ladinización» de esclavos, en un contexto de comercio negrero principalmente con destino a las Américas[6]. Por aquel entonces la inhospitalidad de las Islas era tal[7] y la ausencia de atractivos económicos[8] tan acusada que la población estuvo mayoritariamente constituida por migraciones involuntarias: africanos sometidos a la esclavitud y minorías religiosas o étnicas perseguidas en la metrópolis portuguesa.

Algún tiempo después sobrevino la realidad de la emigración, una vez más relacionada con la fragilidad económica del Archipiélago, resultante del declive de su posición estratégica en el comercio de seres humanos. Cada vez más acentuada en los siglos xviii y xix[9], la crisis no fue un impedimento para seguir recibiendo inmigración hebraica, esta vez procedente de Marruecos[10]. Fue así como empezó el período de emigración masiva, en el que miles de caboverdianos comenzaron paulatinamente a abandonar las islas en dirección a los Estados Unidos, Senegal, Santo Tomé y Príncipe, Angola, Países Bajos, Francia, Luxemburgo y Portugal, entre otros destinos predominantemente de Europa Occidental[11].

Mientras tanto, y después de la independencia en 1975, el país se desarrolló, consiguiendo aumentar considerablemente su Producto Interior Bruto y mejorar sus índices de desarrollo humano. Una de las consecuencias de esta evolución fue la llegada de una oleada de inmigración de países vecinos de África Occidental, en especial de Guinea-Bissau y de otros países marcados por economías deprimidas e inestabilidad política crónica, así como procedente de la antigua potencia colonizadora, Portugal[12].

---

(2) *Cfr.* ALBUQUERQUE, L., «O descobrimento das Ilhas de Cabo Verde», en: *História geral de Cabo Verde*, 2.ª ed., Lisboa/Praia, Instituto de Investigação Trópical/Instituto Nacional de Investigacão Cultural, 2001, pp. 23-39.

(3) *Vid*. BALENO, I., «Povoamento e formação da sociedade» en: id., pp. 125-177.

(4) *Vid.* MITCHELL-SERELS, M., «Contribution of the Sephardim to the Development of Lusophone Africa» en: *Jewish studies at the turn of the twentieth century: proceedings of the 6th EAJS congress, Toledo, july 1998*, Leiden, Brill, 1999, pp. 641-648.

(5) CARREIRA, A., *Migrações nas Ilhas de Cabo Verde*, *passim*, nota 1, p. 65 y ss.

(6) CARREIRA, A., *Cabo Verde. Formação e extinção de uma sociedade escravocrata (1460-1878)*, 3.ª ed., Praia, IPC, 2000, *passim*.

(7) *Vid.* SANTA-RITA VIEIRA, H.L. de, *História da Medicina em Cabo Verde*, Praia, ICLD, 1987.

(8) *Cfr.* AMARAL, I. do, *Santiago de Cabo Verde. A Terra e os Homens*, Lisboa, Junta de Investigación del Ultramar, 1964.

(9) *Vid.* CARREIRA, A., *Cabo Verde. Formação e extinção de uma sociedade escravocrata (1460-1878)*, nota 6, pp. 363-447, y LOPES FILHO, J., *Abolição da Escravatura. Subsídios para o Estudo*, Praia, Spleen, 2006, *passim*.

(10) Por ejemplo, MITCHELL-SERELS, M., *Jews in Cape Verde*, s.l., Sepher-Hermon Press, 1997, p. 21 y ss.; CASTIEL, C., «Jews in Cape Verde», en: EHRLICH, M.A. (ed.), *Encyclopedia of the Jewish Diaspora. Origins, Experience, Culture*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2009, pp. 459-461.

(11) Acerca de este particular ver las experiencias tratadas por diversos artículos compilados en BATALHA, L., y CARLING, J.(eds.), *op. cit.*, nota 1, *passim*.

(12) *Cfr. Migração em Cabo Verde: Perfil Nacional 2009*, Ginebra, IOM, 2010, p. 21.

Además, la posición geográfica de Cabo Verde ha hecho que su territorio, especialmente el marítimo, pasase a ser un punto de tránsito para ciertas rutas de inmigración irregular de países de la región. Esta evolución ha transformado Cabo Verde en un país de inmigración y de tránsito, ello, no obstante, sin dejar de ser igualmente una nación de emigrantes, hecho éste asumido por las propias autoridades del país y condición que afecta a una parte considerable de la población(13), incluso porque gran parte de los recursos llegados a las Islas aún procede de remesas de la diáspora caboverdiana(14), permitiendo la generación de efectos importantes: inversiones en actividades productivas y generadoras de rentas determinantes para el desarrollo del país(15) y apoyo a familiares residentes(16), lo cual alivia los efectos negativos del desempleo y de las fragilidades del amparo social oficial, mejorando las perspectivas de ciertos sectores de la población residente.

Las relaciones en materia de migraciones con el continente europeo han sido siempre muy fluidas, a pesar de las dificultades para emigrar a ese territorio(17), particularmente con la creación del espacio Schengen y la armonización de las políticas de inmigración de la Unión Europea(18). El proceso que caracteriza la emigración caboverdiana es, mutatis mutandis, muy similar. Normalmente se materializa a través de una solicitud y concesión de visado de turismo y mediante la estancia irregular tras caducar el plazo del visado(19). Obviamente, esto puede concatenarse con vías de legalización a posteriori, bien por medio de matrimonio, bien vía regularizaciones extraordinarias y, por último, recurriendo a la reunificación familiar(20). Sin embargo, no ha sido muy común la emigración en el marco de acuerdos de movilidad como aquellos que llevaron a muchos turcos y magrebíes a Europa en el seno de los programas —de muy escaso éxito a largo plazo— de los guest-workers(21).

---

(13) Ver CARLING, J., «Migration in the age of involuntary immobility: theoretical reflections and Cape Verdean experiences», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, v. 28, n. 1, 2002, pp. 5-42, y AKESSON, Lisa, «The Resilience of the Cape Verdean Migration Tradition», en: BATALHA, L., y CARLING, J. (eds.), *op. cit.*, nota 1, pp. 268-283.

(14) TOLENTINO, C.; ROCHA, C.M., y TOLENTINO, N., *A importância e o impacto das remessas dos imigrantes em Portugal no desenvolvimento de Cabo Verde*, Lisboa, ACDI, 2008, y <http://www.bcv.cv/vPT/Estatisticas/Paginas/Estatisticas.aspx>, acceso el 23 de abril de 2011, para los datos.

(15) Por todos, CARLING, J., «Policy Challenges Facing Cape Verde in the Area of Migration and Diaspora Contribution to Development», en: *PRIO Papers*, abril de 2008, y AKKESON, Lisa, «Making Migrants Responsible for Development: Cape Verdean Returnees and Northern Migration Policies», *Africa Spectrum*, v. 1, 2011, pp. 1-23.

(16) *Cfr.* el interesante estudio crítico de AKKESON, L., «Remittances and inequality in Cape Verde: the impact of changing family organization», *Global Networks*, v. 9, n. 3, 2009, pp. 381-398.

(17) CARLING, J., *Aspiration and ability in international migration: Cape Verdean experiences of mobility and immobility*, nota 1, *passim*.

(18) Ver artículos en BRUYCKER, P. (ed.), *The Emergence of an European Immigration Policy/L'emergence d'une politique europeénne d'immigration*, Bruselas, Bruylant, 2003.

(19) Como regla, si la permanencia es irregular la entrada ya no lo es. Desarrollo en CARLING, Jorgen, *Aspiration and ability in international migration: Cape Verdean experiences of mobility and immobility*, nota 1, pp. 110-115, y AKKESON, L., *Making a Life. Meanings of Migration in Cape Verde*, nota 1, p. 54 y ss.

(20) CARLING, J., *Aspiration and ability in international migration: Cape Verdean experiences of mobility and immobility*, nota 1, *passim*.

(21) CASTELS, S., «Guestworkers in Europe. A Resurrection?», *International Migration Review*, v. 40, n. 4, 2006, pp. 741-766. Además, antes de la creación del espacio de libre circulación interna de la Unión Europea, también se beneficiaron trabajadores españoles, portugueses, italianos, griegos y yugoslavos, que pudieron desplazarse a varios países del Norte (incluyendo Francia) y centro de Europa (especialmente Alemania) para trabajar, proceso que, en

Ante este panorama, no nos sorprende que Cabo Verde no tenga una tradición en la regulación jurídica de las migraciones. Como las migraciones de los caboverdianos han Estado tradicionalmente marcadas por la espontaneidad(22), lo que ha hecho el Estado ha sido crear ciertas condiciones políticas, explicitadas, a veces, en normativas internas de valor fundamental u ordinario(23), para proporcionar a los emigrantes las mejores condiciones de trabajo e integración en las sociedades de recepción. La conformación de dichas relaciones a las normas internacionales vinculantes únicamente se ha tornado en una realidad de amplio alcance en los últimos años, encontrándose el país en una fase de tanteo y tratando de aprender en el curso de los acontecimientos.

En este particular, la Unión Europea ha acumulado ya una gran experiencia(24), en función de la cual ha estudiado y perfeccionado diversos modelos de gestión de contingentes migratorios. Y España también(25), a pesar de que su transición de país predominantemente de emigración a país de inmigración y de tránsito ha sido un fenómeno más reciente(26). Tratándose de un país que no recibe un volumen representativo de emigrantes caboverdianos ni en la península(27), ni en sus islas más cercanas(28), la posible utilización del territorio de Cabo Verde como punto de tránsito para llegar a Canarias(29) transforma las relaciones

---

el caso español, se extendió también a varios países latino-americanos (*cfr*. VACAS FERNÁNDEZ, F., *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratórios. Contexto, marco jurídico y contenido*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 186).

(22) Ya se decía en la obra clásica de CARREIRA, A., *Migrações nas Ilhas de Cabo Verde*, nota 1, p. 65, que «de todos os territórios africanos do antigo ultramar português, foi o arquipélago de Cabo Verde o pioneiro da emigração livre».

(23) Ilustrativamente puede observarse que, desde la versión original de la actual constitución del año 1992, el permiso constitucional de doble-nacionalidad se considera facilitador de la integración de los caboverdianos emigrados, sin imputarles la carga de perder su nacionalidad de origen. Ver Ley Constitucional n.º 1/IV/92, de 25 de Septiembre de 1992, *B.O. da República de Cabo Verde [BOCV]*, I Serie, n.º 12, Suplemento, art. 5 (3).

(24) De forma aún precoz y dispersa, muchos de estos modelos fueron siendo testados en el ámbito de los procesos de ampliación para los países de la Europa Oriental (vease, *e.g.*, BYRNE, R.; NOLL, G., y VEDSTED-HANSEN, J. (eds.), *New Asylum Countries? Migration Control and Refugee Protection in an Enlarged European Union*, La Haya, Kluwer, 2002).

(25) VACAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, nota 21, *passim*, y, para un caso específico, GONZÁLEZ GARCÍA, I., «El acuerdo España-Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla», *Anuario Español de Derecho Internacional*, v. 24, 2006, pp. 255-284.

(26) Por exemplo, KREIENBRINK, A., «Spain: Country Profile», *Focus Migration*, n. 6, 2008, p. 1 («Traditionally an emigration country, Spain has been transformed within the space of a few decades to become one of the most important immigration countries in Europe»), y GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, C., «Spain, the Cheap Model. Irregularity and Regularisation as Immigration Management Models», *European Journal of Migration and Law*, v. 11, n. 2, 2009, pp. 139-157.

(27) *Vid.* MOLDES FARELO, R., y OCA GONZÁLEZ, L., «Cape Verdeans in Spain», en: BATALHA, L., y CARLING, J. (eds.), *op. cit*, nota 1, pp. 81-89; OCA GONZÁLEZ, L., «Badiu na Galiza: mar di homi - tera di mudjeres», en: GRASSI, M., y ÉVORA, I. (orgs.), *Género e Migrações Cabo-Verdianas*, Lisboa, ICS, 2007, pp. 99-122.

(28) *Vid.* discusiones sobre la situación migratoria de Canarias en DOMÍNGUEZ MÚJICA, J., «La inmigración extranjera en Canarias en el cambio de siglo», *Estudos Geográficos*, v. LXVII, n. 261, 2006, pp. 471-494; GODENAU, D., «Canarias: Inmigración en una region fronteriza del Sur de la Unión Europea», *Política y Sociedad*, v. 45, n. 1, 2008, pp. 61-83.

(29) Seguir CARLING, J., «Unauthorized Migration from Africa to Spain», *International Migration*, v. 25, n. 4, 2007, pp. 9-15, y HAAS, H. de, «The Myth of Invasion: Irregular Migration from West Africa to the Maghreb and European Union», *IMI Research Report*, octubre de 2007, p. 17.

bilaterales en materia migratoria en una cuestión de cierta importancia para todos los intervinientes, especialmente para España, como además lo atestiguan las opiniones presentadas por los principales interlocutores políticos internos (antiguo[30] y actual Gobiernos[31]) y los instrumentos de refuerzo de la cooperación en materia migratoria con el continente africano en los últimos años, en particular los contenidos en el Plan África 2006-2008[32] y en el Plan África 2009-2012[33].

El objetivo de este artículo es precisamente el de tratar de presentar el estado del desarrollo de dichos esfuerzos de regulación de flujos migratorios entre Cabo Verde y Europa (en particular, con España), incidiendo especialmente en la Asociación de Movilidad (AdM) recientemente creada y en los acuerdos e instrumentos bilaterales que lleva asociados. Comenzaré tejiendo unas breves consideraciones respecto a la regulación jurídica-internacional de las migraciones mostrando cómo, a partir de éstas, va a emerger una faceta bilateralizada y de externalización de la política de inmigración de Estados de recepción, máxime de la Unión Europea (I); a continuación trataré de describir críticamente el marco político y jurídico que regula en este momento la cuestión de las relaciones migratorias entre Cabo Verde y el espacio europeo, comentando especialmente los principales tratados que forman parte de tales acuerdos (II y III), dejando para la conclusión diversas consideraciones respecto a las implicaciones que dicho mecanismo supone para Cabo Verde (III).

I. REGULACIÓN JURÍDICA-INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES

El Derecho Internacional concede gran discrecionalidad a los Estados para controlar las migraciones[34]. Las prerrogativas que se reconocen los actores privilegiados del sistema

(30) Vid. RODRÍGUEZ ZAPATERO, J.L., «Mensaje de presentación del Presidente del Gobierno»; MORATINOS CUIABÉ, M.Á., «Inmigración: España impulsa nuevo modelo europeo», en: RUIZ-GALLEGOS, M.B. (coord.), Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo xxi, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 47-51; 53-65.

(31) La victoria del Partido Popular en las elecciones generales de noviembre seguramente no flexibilizará la política de inmigración, siendo, otrosí, de esperar su mantenimiento e incluso un ligero endurecimento. Cfr. RAJOY BREY, M., «Por una inmigración racional y una integración efectiva», en: RUIZ-GALLEGOS, M.B. (coord.), op. cit., nota 30, pp. 101-108.

(32) *Plan África, 2009-2012*, Madrid, Dirección General de Comunicación Exterior, 2006. En este documento se clasifica a Cabo Verde por parte de los formuladores de política externa españoles no como un país de interés prioritario, sino de simple interés específico (p. 45), aunque aparezca mencionado entre los países más relevantes en materia de lucha contra la inmigración irregular y la delincuencia transnacional (p. 72).

(33) Plan África, 2009-2012, Madrid, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo/Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2009.

(34) Por todos, TRACHTMAN, J., *The International Law of Economic Migration. Towards the Fourth Freedom*, Kalamazoo, W. E. Upjohn Institute for Employment Research, 2009; ALEINIKOFF, T.A. y CHETÁIL, V. (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003; CHOLEWINSKI, R.; PERRUCHOUD, R., y MACDONALD, E. (eds.), *International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2007, y los más clásicos GOODWIN-GILL, G., *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978; PLENDER, R., *International Migration Law*, 2.ª ed., Dordrecht/Boston/Martinus Nijhoff, 1988, y VARLEZ, L., «Les migrations internationales et leur réglementation», *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, v. 20, n. 5, 1927, pp. 165-349.

internacional se consubstancian tradicionalmente en un Derecho (casi) absoluto de decidir sobre la entrada, permanencia y salida de no-nacionales, así como acerca del régimen de dicha estancia y les permite, por consiguiente, vetar la entrada de extranjeros así como decidir su expulsión(35). Está claro que dichos poderes nunca fueron ni son ilimitados en el Derecho Internacional General(36), independientemente de que los Estados puedan libremente establecer o desarrollar obligaciones convencionales o consuetudinarias inter se en esta materia, restringiendo, por voluntad propia, sus propios poderes a nivel internacional(37) o regional y, además, hacerlo así por medio de actos unilaterales de Derecho interno.

Estos poderes han llevado a los Estados a montar sistemas, de cariz predominantemente unilateral, para controlar la inmigración procurando impedirla por diversos medios(38) —si no se considerase un país de inmigración— o seleccionarla, en el caso de que aceptasen dicho estatuto(39). Cualquier balance de estas políticas fuertemente restrictivas nos llevará a ratificar su completo fracaso(40) o, por lo menos, sus fragilidades(41). Por más inversiones efectuadas por ciertos Estados en sus mecanismos de control de la inmigración, por más represivos que sean los sistemas adoptados, no conseguirán impedir la llegada de los popularmente indeseables y desposeídos del «Sur» que tan a menudo resultan profundamente útiles. Además, los estudios destacan que, al fin y al cabo, la inmigración genera efectos positivos y puede ser decisiva para el mantenimiento de la riqueza de las

(35) Seguir GOODWIN-GILL, G., *op. cit.*, nota 34, *passim*.

(36) Estos poderes del Estado nunca fueron ilimitados. Puede decirse, usando terminología bien conocida por los iuspublicistas en general, que son discrecionales, pero no son arbitrarios. Por ejemplo, la ascensión del principio cosuetudinario y convencional del *non-réfoulement* plantea límites a los Estados en lo que respecta a la prohibición de entrada y salida del territorio nacional, o el estatuto jurídico que se reserva a extranjeros se encuentra circunscrito por la obligación de conceder un tratamiento mínimo basado en principios de humanidad (en general, véase GOODWIN-GILL, G., *op. cit.*, nota 34, *passim*; LILICH, R., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984; CHOLEWINSKI, R., *Migrant Worker in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997; TIBURCIO, C., *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, La Haya /Boston/Londres, Kluwer, 2001, pp. 2-73; WEISBRODT, D., *The Human Rights of Non-Citizens*, Oxford, Oxford University Press, 2008).

(37) *Vid.* GOODWIN-GILL, G., *op. cit.*, nota 34, pp. 195-196, y NAFZIGER, J., «The General Admission of Aliens under International Law», *American Journal of International Law*, v. 77, n. 4, 1983, pp. 804-847.

(38) Estas políticas y mecanismos inciden, por ejemplo, en el fortalecimiento de las fronteras, en la creación de sistemas de visados y en el refuerzo del control de su expedición, en el refuerzo de las capacidades internas de fiscalización y monitorización de extranjeros, en las sanciones a diversas personas y entidades implicadas en la entrada o permanencia irregular de extranjeros, modelos acelerados de expulsión judicial o administrativa, entre varias otras cuestiones, citadas paradigmáticamente en el texto de KOSLOWSKI, R., The Evolution of Border Controls as a Mechanism to Prevent Illegal Migration, Washington, D.C., Migration Policy Institute, 2011.

(39) HAILBRONNER, K., y KOSLOWSKI, R., «Models for Immigration Management Schemes: Comparison and analysis of existing approaches and perspectives for future reforms», Immigration Paper Series, Washington, The German Marshall Fund of the United States, 2008, p. 5.

(40) Ver, por todos, TAYLOR, S., «From Border Control to Migration Management: The Case for a Paradigm Change in the Western Response to Transborder Population Movement», *Social Policy & Administration*, v. 39, n. 6, 2005, p. 565 («Western States need not, should not, and cannot *control* transborder movement in the manner attempted until now»), y RODRÍGUEZ, C., «Building Capacity for the Transnational Regulation of Migration», *Columbia Law Review Sidebar*, v. 110, 2010, pp. 1-11.

(41) El antiguo Ministro español de Relaciones Exteriores, MORATINOS CUIABÉ, M.Á., *op.cit.*, nota 30, p. 54, asumía recientemente que «la preeminencia de este enfoque reactivo, orientado principalmente a reforzar los mecanismos de control de fronteras, se ha revelado claramente insuficiente».

naciones desarrolladas en un mundo altamente competitivo, en el que las futuras rentas de algunas naciones están en riesgo debido a problemas demográficos.

Teóricos y organizaciones han sido llevados, por estos motivos, a abogar por un enfoque diferente para el problema migratorio(42). Un enfoque más holístico que estaría centrado en el abandono de un sesgo unilateral en el tratamiento del movimiento de personas entre estados y en la adopción de una visión multilateral(43); en la defensa de la creación de acuerdos globales participativos que abarquen todas las dimensiones del problema migratorio (por ejemplo, la económica y la social)(44) y en soluciones que aporten beneficios a todos los involucrados en el proceso: Estado de acogida, Estado de procedencia o de tránsito y migrantes o candidatos a la emigración(45). Sin embargo, desde que en los años noventa diversos estudios y organizaciones(46) enunciaron y popularizaron este enfoque más holístico y, a pesar de la insistencia de académicos y analistas(47), hasta el momento actual nunca ha llegado a hacerse efectivo un régimen incluyente de regulación multilateral de las migraciones meramente económicas o laborales. Lo que resta son los esquemas de libre circulación de ámbito meramente regional como el de la Unión Europea(48), los mecanismos destinados a tratar aspectos específicos de refugiados(49) o de particularidades laborales(50) o convenciones globales como la «Convención internacional sobre la protec-

(42) Para una presentación general, *vid.* GEIGER, M., y PÉCOUD, A., «The Politics of International Migration Management», en: GEIGER, M., y PÉCOUD, A. (eds.), *The Politics of International Migration Management*, Basingtone/Hampshire, Palgrave-Macmillan, 2010, pp. 2-3, así como las propuestas clásicas de *Our Global Neighbourhood. Report of the Commission on Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 1995, cap. IV, pp. 206-208, y GHOSH, B., «Towards a New International Regime for Orderly Movements of People», en: GHOSH, B. (ed.), *Managing Migration. Time for a New International Regime?*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 6-26.

(43) *Cfr.* por ejemplo GHOSH, B., «NIROMP: What will it Look Like?» en: GHOSH, B. (ed.), *op. cit.*, nota 42, pp. 220-247, que sintetiza los principales ejes de su propuesta: «The regime must be centred on three central pillars: (1) establishment of a set of shared objectives; (2) development of an agreed and internationally harmonized normative framework to ensure coherence of action at national, regional and global levels; and (3) the setting-up of a coordinated institutional arrangement, including a monitoring mechanism» (p. 220).

(44) Nos dice MORATINOS CUIABÉ, M.Á., *op. cit.*, nota 30, p. 54 que «Se trata de un intento por abarcar todas las facetas de la emigración de forma que, al tiempo que se combate la inmigración irregular, puedan aprovecharse los beneficios y las oportunidades que reporta una inmigración regular y ordenada».

(45) La fórmula fue oficialmente incorporada al discurso del Gobierno español al más alto nivel, y observó el antiguo Primer Ministro que «sólo desde la convicción compartida de que la inmigración legal es más provechosa para todos, países de origen y destino, inmigrantes y sus familias, podremos avanzar en este ámbito» (RODRÍGUEZ ZAPATERO, J.L., op. cit., nota 30, p. 49).

(46) Ver *Our Global Neighbourhood. Report of the Commission on Global Governance*, nota 42, *passim*, y GHOSH, B., «NIROMP: What will it Look Like?», *op. cit.*, nota 43, pp. 220-247.

(47) Ver, *v.g.*, TRACHTMAN, J., *op.cit.*, nota 34, parte 3.

(48) Véase, en particular, HAILBRONNER, K., «Free Movement of EU Nationals and Union Citizenship», en: CHOLEWINSKI, R.; PERRUCHOUD, R., y MACDONALD, E. (eds.), *op. cit.*, nota 34, pp. 313-328.

(49) Cf. GOODWIN-GILL, G., y MCADAM, J., *The Refugee in International Law*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2007; HATHAWAY, J., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

(50) Son los casos del Convenio 97 relativo a los trabajadores migrantes (revisado en 1949), y del Convenio 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes de 1975 (textos en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>, acceso 1 de octubre de 2011), aprobadas en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, pero de los que no forman parte ni España ni Cabo Verde.

ción de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares»[51] con un reducido número de Estados Parte[52].

No se puede, por ello, defender la existencia de un Derecho Internacional de las Migraciones en la verdadera acepción del término[53]. Pero, sin duda, contamos con nichos de regulación de este sector que operan de forma fragmentada y en red[54], asumiendo una faceta predominantemente bilateral[55], a través de paquetes ad hoc compuestos por diversas clases de tratados y normas. La Unión Europea[56] y sus miembros, como es el caso de España, se encuentran entre los principales promotores de dicho proceso ya que, en realidad y, a pesar de todo el énfasis en articulaciones internacionales y en el mantra del Global Approach to Migration[57], a fin de cuentas, las pautas para la regulación bilateral de las migraciones han sido concebidas en su seno y son propuestas a países terceros vecinos

(51) Vid. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cmw.htm>, consultada el 31 de octubre de 2011, para la versión castellana, y DE GUCHTENEIRE, P.; PÉCOUD, A., y CHOLEWINSKI, R. (eds.), Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2009, para comentarios.

(52) En este momento la convención cuenta con 45 Estados-parte, entre los cuales se encuentra Cabo Verde, pero no el Reino de España y los otros miembros de la Unión Europea (*vid*., con acceso el 1-10-2011, <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en>).

(53) A pesar de opiniones en contra, ya que el término es utilizado por PLENDER, R., *op. cit.*, nota 34, *passim*, y, más recientemente, en obra generada en el seno de la Organización Internacional de las Migraciones, que parece haber asumido el concepto, denominándolo «branch of international law» [PERRUCHOUD, R., y TOMOLOVA, K. (ed.), *Compendium of International Migration Law Instruments*, Ginebra/La Haya, International Organization for Migration/T.M.C. Asser Press, 2007, p. v], estamos, por lo general, con CHETÁIL, V., *Code de droit international des migrations*, Bruselas, Bruyllant, 2008, p. xxv, cuando dice que «le droit international des migrations n'a pas vocation pour autant a se substituer aux autres branches du droit international dont il emprunte majeure partie de ses normes. Sa richesse réside dans la diversité et il n'y est pas question ici d'enfermer la problématique des migrations dans un énième domaine de specialisation du droit international».

(54) Esta última alusión puede también encontrarse en la reflexión hecha por PERRUCHOUD, R., y TOMOLOVA, K. (ed.), *op. cit.*, nota 53, p. v («International migration law is an umbrella term for the complex web of legal relationship among persons, groups and States that together regulate the movement of individuals»).

(55) Veáse también TRACHTMAN, J., *op. cit.*, nota 34, p. 167 y ss.

(56) Por todos, *cfr.* HAILBRONNER, K., *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 2000; GUILD, E., *Immigration Law in the European Community*, Dordrecht, Kluwer, 2001; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., *Derecho comunitario de la inmigración*, Barcelona, Atelier, 2006; PEERS, S., y ROGERS, N. (ed.), *EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2006; BOELES, P.; DEN HEIJER, M.; LODDER, G., y WOUTERS, K., *European Migration Law*, Antwerp, Intersentia, 2009.

(57) Las versiones castellanas de los principales documentos de política de inmigración de la Unión Europea aprobados bajo el signo del enfoque global, especialmente la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre migración circular y asociaciones de movilidad entre la Unión Europea y terceros países» (COM/2007/0248 final); «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Programa temático de cooperación con terceros países en materia de migración y asilo» (COM/2006/0026 final); «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - el nexo entre migración y desarrollo: algunas orientaciones concretas para la cooperación entre la UE y los países en vías de desarrollo» (COM/2005/0390 final), están disponibles en «Síntesis de la Legislación de la EU - Libre circulación de personas, asilo e inmigración» (<http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/index_es.htm>, acceso 1 de octubre de 2011), y las conclusiones del Consejo europeo de Bruselas de 15/16 de diciembre de 2005 en la página *web* de la diplomacia española (<http://www.maec.es/SiteCollectionDocuments/Espana%20y%20la%20Union%20Europea/Politicas%20Comunitarias/MedioAmbiente/87658.pdf>, acceso a 1 de Octubre de 2011).

para su confirmación. Sabiendo que la cooperación internacional es necesaria para asegurar la eficacia de medidas internas de políticas de inmigración, la Unión y sus integrantes, como España, están obligados a establecer reglas con dichos estados, pero según bases ya definidas por sus órganos de formulación de políticas de control migratorio, o sea: atraer a inmigrantes altamente cualificados, tolerar temporalmente a los muy necesarios y rechazar a los indeseados(58).

Es decir, que más que una auténtica internacionalización de estas políticas, el proceso es de externalización(59), si bien esto se hace efectivo a través de instrumentos jurídicos bilaterales. Es por ello que la celebración tout court del admirable nuevo mundo de las asociaciones y acuerdos de movilidad laboral, facilitación de visados o promoción del desarrollo solidario pueden resultar iniciativas bastante ingenuas si no se tiene en cuenta que forman parte del mismo paquete que en su centro incluye los polémicos acuerdos de readmisión y otras obligaciones de cooperación en la lucha contra la inmigración irregular(60). Y es desde esta perspectiva global que debemos analizar el marco jurídico y político para la gestión de los contingentes migratorios entre Cabo Verde y la Unión Europea y entre Cabo Verde y España.

II. EL MARCO POLÍTICO-INTERNACIONAL DE LA GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS ENTRE CABO VERDE Y EL ESPACIO EUROPEO: LA EMERGENCIA DE LAS ASOCIACIONES

1. La Asociación Especial(61)

A pesar de que el marco básico de las relaciones políticas Unión Europea-Cabo Verde aún no se ha alejado formalmente de la arquitectura establecida en el «Acuerdo de asociación entre los Estados de África, Caribe y Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y

(58) WIESBROCK, A., *Legal Migration to the European Union. Ten Years After Tampere*, 2.ª ed, Nijmegen, Wolf, 2010, o BOELES, P.; DEN HEIJER, M.; LODDER, G., y WOUTERS, K., *op. cit.*, nota 56, p. 437 («European migration law is about restriction and selection, about matching needs of migrants with those of European states»), y antes, GUILD, E., y STAPLES, H., «Labour Migration in the European Union», en: BRUYCKER, P. (ed.), *op. cit.*, nota 18, pp. 171-243.

(59) Ver artículos en WOLFF, S.; WICHMANN, N. y MOUNIER, G. (eds.), *The External Dimension of Justice and Home Affairs. A Different Security Agenda for the European Union?*, Londres, Routledge, 2010, *passim*, para el caso de la Unión Europea, y DELGADO, L., «La acción exterior como innovación en la política española de inmigración», *Revista CIBOD d'Afers Internacionals*, n. 91, 2010, pp. 63-85, para el caso de España.

(60) Esta misma crítica es hecha tanto a la Unión Europea y su *global approach* (COLLET, E., «Global Approach to Migration: Rethoric or Reality?», *Policy Brief*, European Policy Centre, 2007), como a España, ya que muchos consideran que los *Plan África*, a pesar de sus alocuciones humanitarias, tienen en su base la facilitación del control migratorio y la defensa de los intereses económicos españoles (ALBERDI BIDAGUREN, J., & BIDAURRATZAGA AURE, E., «La nueva política de exterior y de cooperación de España con el continente africano. El asociacionismo interesado del Plan África», *Revista CIBOD d'Afers Internacionals*, n. 84, 2008, pp. 201-220).

(61) Veáse «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el futuro de las relaciones entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde», Bruselas, COM (2007) 641, 24-10-2007 (*vid*. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0641:FIN:ES:PDF>, acceso el 23 de septiembre de 2011).

sus estados miembros, por otra»[62] y, a pesar de los intentos concretos de establecer un partenariado euro-africano de gestión de flujos migratorios en las conferencias de Rabat[63] y de Trípoli[64], además de una serie de iniciativas complementarias, en la práctica hay aquí diversos aspectos que quedan en una nueva posición con la construcción de la Asociación Especial Cabo Verde-Unión Europea (AE), presentada como una de las mayores conquistas de la diplomacia de las Islas[65]. La AE[66], un documento político jurídicamente no vinculante, que asume la forma de Memorándum de Entendimiento[67], no siendo un modelo orientado específicamente a cuestiones migratorias[68], no deja por ello de, por una parte, asegurar las bases para los desarrollos producidos en este área proporcionándoles una estructura general[69] y, por otra, asegurar su propia promoción, ya que consistió en un elemento motivador para que la Unión Europea aceptase la evolución de su marco relacional con Cabo Verde[70].

---

(62) *Cfr.* «Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000», en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:22000A1215(01):ES:NOT>.

(63) «Déclaration de Rabat: Partenariat Euro-Africain pour la Migration et le Développement» y «Plan d'Action», Conference Ministerielle sur la Migration et le Développement (10-11 de julio de 2006) y «Déclaration de la Deuxième Conférence Ministérielle sur la Migration et le Développement» (París, 2008) (documentos disponibles en <http://www.dialogueuroafricainmd.net/web/index.php>, acceso el 1 de octubre de 2011).

(64) *Vid.* «Joint Africa-UE Declaration on Migration and Development, Tripoli 22-23 November 2006» (disponible en <http://africa-eu-partnership.org/sites/default/files/AU-UE-22.11.06.pdf>, acceso el 1 de octubre de 2006).

(65) Según las declaraciones del antiguo Presidente de la República de Cabo Verde, Pedro Pires, «Se trata de una victoria de todos los implicados que crearon las condiciones para que Cabo Verde pudiese alcanzar este acuerdo. Es una victoria de la diplomacia caboverdiana y de todos los que encabezaron esta diplomacia» (disponible en la versión electrónica del periódico *Expresso das Ilhas on Line*, 20 de noviembre de 2007, <http://www.expressodasilhas.sapo.cv/pt/noticias/detail/id/1291>).

(66) *Cfr.* GUEDES VIEIRA, A., y FERREIRA-PEREIRA, L., «The European Union-Cape Verde Special Relationship: the Role of Portugal», *Portuguese Journal of International Affairs*, v. 1, 2009, pp. 42-50, para una presentación general, y COSTA, Suzano, «A política externa cabo-verdiana e a União Europeia: Da coerência dos principios ao Pragmatismo da Acção», en: BUSSOTI, L., y NGOENHA, S. (orgs.), *Capo Verde. Dall'Indipendenza a Oggi. Studi Post-Coloniali*, Udine, Aviani & Aviani, 2011, pp. 105-146, para el contexto.

(67) La «Comunicación» que establece la Asociación Especial y la Declaración que fija las bases de la Asociación de Movilidad no son técnicamente tratados, sino simples acuerdos políticos, de los que no se derivan obligaciones jurídicas internacionales en la verdadera acepción de la palabra. Para esta distinción, AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 16-57.

(68) Entre sus pilares se encuentran la buena gobernanza, la integración regional, la convergencia técnica y normativa, la sociedad del conocimento, la lucha contra la pobreza y el desarrollo y, claro está, la seguridad y la estabilidad («Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el futuro de las relaciones entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde», 5).

(69) El pilar relativo a la seguridad y la estabilidad se traduce en un conjunto de compromisos relacionados con la gestión de flujos migratórios, a saber «(…) la seguridad y la lucha contra la delincuencia transnacional organizada (cooperación en la lucha contra el terrorismo, la trata de seres humanos y el tráfico de emigrantes, el tráfico de drogas y armas, el blanqueo de capitales, etc.) sin vulnerar los derechos humanos; la gestión eficaz de los flujos migratorios, incluida la mejora de la contribución de la diáspora caboverdiana (transferencias de emigrantes) al desarrollo del país y la lucha contra los flujos ilegales; la seguridad marítima» (*id.,* 5.2).

(70) Por ejemplo, la «Comunicación» no se inhibió de destacar que «Cabo Verde comparte con la Unión Europea diversas prioridades estratégicas, en concreto en el ámbito de la seguridad, como la lucha contra los tráficos ilegales (droga, inmigración clandestina, etc.). En ese contexto, Cabo Verde se convertirá con toda probabilidad en un importante interlocutor de Europa en el ámbito de la cooperación policial y judicial. Gracias a su situación geográfica, el

2. La Asociación de Movilidad (AdM)[71]. Un compromiso de facilitación de la movilidad a cambio de la cooperación en la lucha contra la inmigración «ilegal»

La AdM, también traducida como instrumento político, tiene por objeto exclusivo el tratamiento de cuestiones migratorias[72], en especial las vinculadas a la migración regular, circular y la movilidad de personas[73], reproduciendo en su articulado las grandes líneas de la política de inmigración de la Unión en su dimensión externalizada, toda vez que la facilitación de la movilidad, que potencialmente engendra, se halla condicionada por la aceptación de un conjunto de compromisos destinados al refuerzo y a la cooperación regular en la lucha contra las migraciones irregulares[74].

Bien es verdad que una gran parte de sus ejes se ocupa de aspectos más inclusivos: son los casos titulados «movilidad, migración legal e integración»[75] y «migración y desarrollo»[76] cuyas líneas van precisamente en el sentido de la creación de oportunidades de migración regular a la Unión y a sus países, o de movilidad rumbo a dicho espacio, mejo-

---

país puede contribuir de forma significativa a la lucha contra los tráficos ilegales y su apertura en materia de seguridad supone uno de los principales activos en su labor de aproximación a la UE» (id., preámbulo).

(71) Para presentaciones críticas ver CHOU, M.-H., «European Union Migration Strategy towards West Africa: the Origin and Outlook of 'Mobility Partnerships' with Cape Verde and Senegal» Paper for EUSA Biennial International Conference: Information and Ideas on the European Union», Los Angeles, 23-25 April 2009, p. 4 (disponible en <http://www.unc.edu/euce/eusa2009/papers/chou_08C.pdf>, última visita 13 Abril 2011).

(72) Sobre esta figura de la política de inmigración de la Unión Europea, *cfr*. TRIANDAFYLLIDOU, A., «Attempting the Impossible. The Prospects and Limits of Mobility Partnerships and Circular Migration», *ELIAMEP Thesis*, v. 1, 2009; PARKES, R., «EU Mobility Partnerships: A Model of Policy Coordination?», *European Journal of Migration and Law*, v. 11, 4, 2009, pp. 327-345; CARRERA, S., y HERNÁNDEZ I SAGRERA, R., «Mobility Partnerships. «Insecurity Partnerships' for Policy Coherence and for Migrant Workers' Human Rights in the EU»; LAVENEX, S., y STUCKY, R., «Partnering' for Migration in EU External Relations», en: KUNZ, R.; LAVENEX, S., y PANIZZON, M. (eds.), *Multilayered Migration Government. The Promise of Partnership*, Londres, Routledge, 2011, p. 105.

(73) Se dice en el documento que Cabo Verde y la Unión «Ont decidé d'un Partenariat pour la Mobilité, basé sur la réciprocité, ayant pour objectifs de faciliter le mouvement des personnes entre leurs territoires, ainsi que la migration légale - notamment la migration circulaire et temporaire -, de développer une véritable coopération sur la migration et le développement, et de prévenir et de combattre la migration clandestine, le trafic de migrants et la traite des êtres humains, y compris la promotion d'une politique efficace en matière de retour et de réadmission, tout en assurant le respect des droits de l'homme et en tenant compte de la situation des migrants, et en conformité avec le développement socio-économique des Signataires» [«Déclaration commune sur un Partenariat pour la Mobilité entre l'Union Européenne et le Cap-Vert (10-11 Juillet 2006)», preámbulo].

(74) Sobre la condicionalidad, CHOU, M.-H., *op. cit.*, nota 71, p. 4, y LAVENEX, S., y STUCKY, R., *op. cit.*, nota 72, pp. 125-126.

(75) Orientado a fomentar un marco mejor para las migraciones regulares (o las llamadas —discutiblemente para un documento bilateral— ilegales), a través de la apertura de posibilidades en ese sentido, de la propagación de información relacionada con éste, reforzar la capacidad de gestión de migración, la mejora de la protección social a migrantes en situación irregular y el desarrollo de un diálogo para la facilitación de visados de corta duración para ciertas categorías de personas [«Déclaration commune sur un Partenariat pour la Mobilité entre l'Union Européenne et le Cap-Vert (28 Juillet 2008)», pfos. 1-5].

(76) Consubstanciándose en el apoyo a reformas del sector financiero destinadas a favorecer la integración de la diáspora caboverdiana en el desarrollo del país, facilitar sus remesas o su inversión en la economía nacional, atenuar los efectos negativos del llamado Brain Drain, promoviendo el retorno —si bien temporal— de nacionales altamente cualificados o, en el sentido inverso, promover la migración temporal de caboverdianos altamente cualificados hacia el espacio europeo, promover el retorno de ciudadanos caboverdianos a su país a través de divulgación de información sobre oportunidades de empleo o de negocios en el país (id., pfos. 6-8).

ra de las condiciones de permanencia e integración de ciudadanos caboverdianos en Europa o promoción de la contribución de la diáspora caboverdiana para el desarrollo del país. Sin embargo, la parte más sustantiva y bien explotada del documento está ocupada precisamente por el lado más excluyente del paquete. Bajo el título de la cubierta «Gestión de fronteras, documentos de identidad y de viaje, lucha contra la migración clandestina y el tráfico de seres humanos», en realidad, Cabo Verde se compromete a auxiliar a la Unión en sus intentos de controlar las fronteras y disuadir y remover la inmigración irregular de su espacio territorial a través de la utilización de un conjunto de mecanismos legales y operativos(77).

Las propuestas efectuadas por la Unión y por los cuatro socios originales refuerzan aún más esta percepción(78). De hecho, deberán considerarse las oportunidades de empleo, cualificación profesional, movilidad e integración que plantean algunos programas(79) y, en particular, los compromisos portugueses de promover la admisión de trabajadores caboverdianos en el marco del debate acerca de un nuevo acuerdo de movilidad entre los dos países(80), el compromiso de Francia de celebrar un acuerdo de esta naturaleza(81) y el de Luxemburgo de discutirlo(82), y el fomento de la movilidad de estudiantes y docentes (mediante la concesión de becas) y de otros procesos de movilidad(83). Lo mismo puede

---

(77) Se traduce, especialmente, en el refuerzo de los esfuerzos para el combate contra la migración clandestina y el tráfico de seres humanos, la capacidad de gestión de fronteras aéreas y marítimas, refuerzo de los documentos de viaje, documentos de identidad y autorizaciones de residencia, así como el desarrollo de las capacidades de Cabo Verde en el dominio de la fiscalización, de búsqueda y salvación marítima; en la promoción de la cooperación con la agencia europea de fronteras, la polémica Frontex, en la lucha contra la inmigración irregular y delitos transfronterizos que están ligados a ella, así como reforzar la seguridad de las fronteras entre Cabo Verde y la Unión Europea; en el establecimiento de un diálogo para discusión de la readmisión de «personas» en situación irregular, en el sentido de asegurar la cooperación eficaz para su retorno y llamar la atención, a través de campañas publicitarias, para los riesgos de la inmigración clandestina y las amenazas de explotación de seres humanos (*id.,* pfos. 9-13).

(78) Las actividades incluyen un diagnóstico y conocimiento de los flujos migratorios que afectan a Cabo Verde, programas de utilización, gestión y facilitación de la migración «legal», promoción de la movilidad de corta duración, favorecimento de la conexión entre migración, desarrollo, diásporas y remesas de emigrantes, programa de refuerzo de capacidades para la concesión de asilo y la colaboración en materia de gestión de fronteras, de documentos de identidad y viaje y de migración clandestina y tráfico de seres humanos (id., Annexe relative aux activités proposées).

(79) A saber, la profundización del programa CAMPO (Centro de Apoyo al Migrante en el País de Origen) y cooperación entre institutos de empleo y formación profesional, ofertas de Portugal, la creación de escuelas-taller para facilitar la integración de aprendices y el apoyo al desarrollo de iniciativas empresariales emergentes de las mujeres, ofertas de España y la promoción de la familiarización de futuros migrantes en el marco de procesos de reagrupamiento familiar con las realidades sociales y lingüísticas del país, propuesta por Luxemburgo (id., Annexe relative aux activités proposées: 2. Emploi, gestion et facilitation de la migration légale et intégration).

(80) Ibid., 2 (ii) («Proposition par la République Portugaise de continuer à promouvoir l'admission de certaines catégories de travailleurs capverdiens, notamment à titre temporaire et dans une optique de migration circulaire, à travers la signature avec le gouvernement du Cap-Vert d'un nouveau protocole sur les questions de migration étendant la portée du Protocole sur la migration temporaire des travailleurs capverdiens pour la prestation de travail au Portugal, signé par les deux parties le 18 février 1997»).

(81) Ibid., 2 (v) («Proposition par la République Française d'ouvrir un certain nombre d'activités professionnelles à des migrants capverdiens et de ne plus opposer la situation de l'emploi dans les secteurs en question. Cette ouverture du marché de l'emploi sera une composante de l'accord bilatéral sur la gestion concertée des flux migratoires»).

(82) Ibid., 2 (viii) («Proposition par le Grand Duché de Luxembourg d'étudier la possibilité de mise en place d'une initiative en matière de migration circulaire à caractère temporaire avec le Cap-Vert»), no quedando, sin embargo, líquido si se pretende transformarlo en un tratado en el verdadero sentido de la palabra, ya que se utiliza la palabra «iniciativa».

(83) *Ibid.,* 2 (vi).

sostenerse con respecto a los compromisos vinculados a la facilitación de visados de corta duración y su concesión(84), el favorecimiento de la contribución de los emigrantes para el desarrollo del país y el fomento de la migración circular como forma de atenuar los efectos causados por la salida de personas altamente cualificadas(85).

Con todo, no podemos dejar de considerar la presencia de la vertiente más vinculada a la cooperación en la lucha contra la inmigración irregular en las ofertas realizadas o en los compromisos asumidos que impulsan a Cabo Verde a auxiliar intensamente los esfuerzos de la Unión mediante el refuerzo de la fiabilidad documental y el control de la circulación transfronteriza(86), en particular mediante la adopción de pasaportes biométricos y de equipos de detección de fraudes con documentos, del refuerzo de la cooperación operativa con agencias europeas (Frontex(87) y Europol(88)) destinadas a dicho control o la represión de actividades de promoción de la inmigración clandestina, y vinculándose o ejecutando determinadas convenciones de lucha contra la delincuencia transnacional (Convención de Palermo y protocolos adicionales(89)) y de protección de la persona humana (de refugiados(90) y de sal-

(84) Ibid., 3 (i) («Proposition par la Commission Européenne de soumettre au Conseil de l'UE une recommandation en vue de l'obtention de directives de négociation pour un accord de facilitation en matière de délivrance des visas de court séjour. Cette démarche s'inscrira dans le cadre plus large d'un dialogue sur les questions de visa, a mener au sein du groupe de travail conjoint en charge du suivi de la présente déclaration») y ii [«Proposition par la République Portugaise de créer un centre commun de demande de visas de court séjour ("Common Visa Application Centre") à Praia»].

(85) Ibid., 4 («Objectif: Favoriser la contribution de la diaspora capverdienne au développement du pays d'origine, notamment par des transferts d'argent et de compétence, et faciliter la migration circulaire et/ou de retour pour atténuer les effets de l'émigration de personnes hautement qualifiées»), estando, específicamente, ligadas a programas de atracción de emigrantes cualificados, de formación de personal de salud y de desarrollo de capacidad interna para evitar evacuaciones y tratamiento médico en el extranjero, y un conjunto de medidas destinadas a facilitar la remesa de fondos de los emigrantes hacia Cabo Verde, así como su inversión en actividades económicas en el país.

(86) El objetivo general de esta conexión es crear, a través de acuerdos operativos, las condiciones para intercambios de informaciones, formación, investigación, coordinación de medidas conjuntas, discusión sobre el refuerzo tecnológico de las fronteras, etc., a saber relacionadas con la lucha contra la falsificación de documentos. Los socios también hicieron propuestas sobre las mismas materias. Las de Portugal se orientan al refuerzo del sistema de control de fronteras y de extranjeros, así como de apoyo a la promoción de campañas de información y sensibilización contra el tráfico de seres humanos [id., 6 (vi)]; las de Francia, a una cooperación mas genérica en el dominio de la seguridad de los documentos y en el soporte a las acciones coordinadas por Frontex [id., 6 (x) («Proposition par la République Française de coopérer avec le Cap-Vert en matière de sécurité (lutte contre le trafic de drogue et l'immigration clandestine) et de formation au contrôle documentaire, et d'accroître sa contribution aux efforts de gestion des frontières coordonnés par l'agence Frontex»].

(87) *Id.,* 6 (ii a iv).

(88) *Id.,* 6 (v).

(89) Cabo Verde es parte de esta Convención y de sus protocolos adicionales (*vid.* «Resolução n. 92/VI/94, de 31 de Mayo, aprova para ratificação a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, bem como os Protocolos Adicionais à Convenção das Nações Unidas contra Criminalidade Organizada Transnacional, relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças; contra o tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e aérea, e relativo ao fabrico ilícito e ao tráfico de armas de fogo, suas partes, componentes e munições», *BOCV*, n. 16, pp. 306-372), y el «Aviso DAJT/MNECC, 17 de Octubre de 2008», *BOCV*, I.ª Série, n. 39, p. 649).

(90) *Id.,* 5 (i), pues Cabo Verde es sólo parte del Protocolo de Nueva York de 1967 [ver la Ley n.º 13/III/86, de 31 de diciembre, *BOCV*, n.º 52, pp. 1-21, aprobando internamente el Protocolo para la adhesión), lo que no resulta en la reducción significativa de sus obligaciones internacionales en materia de asilo, ya sea porque este documento aplica casi íntegramente la Convención de Ginebra de 1951, ya sea por haberse vinculado a la convención regional africana, aprobada

vación marítima[91]), todo ello apelando a conceptos universales humanitarios que, por más que se precien, no pueden ocultar el hecho de que se encuentran al servicio de los intereses políticos de los países de acogida[92]. Así, las capacidades normativas y operativas de Cabo Verde se refuerzan para servir a los intereses europeos de mejora del control fronterizo.

Ello no implica que no exista el interés del país por reforzar los sectores involucrados en los acuerdos o crear las condiciones necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones, incluso porque así resulta igualmente de sus mandos constitucionales. Además, se sabe que el sistema caboverdiano de asilo y de salvación marítima no está debidamente implementado y el país no posee condiciones materiales para ejercer prerrogativas de soberanía en las áreas marítimas sujetas a su responsabilidad, lo que le permitiría combatir prácticas que ponen de forma desproporcionada en riesgo la vida y la integridad física de las personas. Hay, todavía, que tener en cuenta que tales ofrecimientos o compromisos relacionados con el asilo[93], la salvación marítima o la fiscalización de zonas marítimas bajo la soberanía o jurisdicción de Cabo Verde[94] o ambas[95], no tienen en su espíritu intenciones meramente humanitarias o desinteresadas sino más bien, por detrás, intereses claros de la Unión Europea y de sus miembros en el control de la inmigración a su territorio y en la creación de condiciones facilitadoras de la transferencia de cargas hacia los Estados de tránsito como Cabo Verde.

Basta analizar todos los compromisos en conjunto para ver la comodidad de la situación para la Unión y sus estados miembros. Si todos estos acuerdos se implementasen y de forma simultánea emergiesen aplicaciones de la política de asilo y de inmigración de la Unión, con sus conceptos de los safe third countries[96], que permiten más fácilmente el rechazo de solicitudes de asilo con el argumento de que los solicitantes podrían y deberían

---

por la Ley 44/III/88, de 27 de Diciembre, *BOCV*, n.º 52, Suplemento, pp. 11-18. Además de ello, la Constitución de la República (art. 39) y leyes ordinarias internas (Ley 99/V/99, de 19 de abril, *BOCV*, Serie I, n.º 12, pp. 350-353, que establece las bases del régimen jurídico de asilo y estatuto de los refugiados) garantiza y regula el Derecho de asilo].

(91) «Déclaration commune sur un Partenariat pour la Mobilité entre l'Union Européenne et le Cap-Vert», Annexe relative aux activités proposées, 6 (i).

(92) *Cfr*. a este respecto el estudio de PÉCOUD, A., «Informing Migrants to Manage Migration? An Analysis of IOM's Information Campaigns», en: GEIGER, M., y PÉCOUD, A. (eds.), *op. cit*., nota 42, pp. 184-201, sobre el papel ideológico de las campañas de información alegadamente humanitarias.

(93) La República Portuguesa propone el suministro de asistencia técnica en el montaje de un sistema de asilo según las normas internacionales y la experiencia europea [«Déclaration commune sur un Partenariat pour la Mobilité entre l'Union Européenne et le Cap-Vert» (id., 5 (ii)].

(94) El Reino de España, que, en este ámbito, es particularmente importante, incide en sus propuestas en este área en el refuerzo de la seguridad del espacio marítimo, en particular en materia de inspección de barcos, de monitorización y de salvación marítima. Concretamente, el documento dispone que Madrid «(…) contribuera aux opérations de patrouille et de surveillance maritime contre les flux migratoires illégaux avec le Cap-Vert», una expresión relativamente enigmática, toda vez que la ilegalidad de los flujos migratorios es difícil de establecer simétricamente, a menos que estemos hablando de nacionales de terceros Estados, ya que, a excepción de los casos de tráfico y de organización de entradas irregulares por parte de la delincuencia organizada, no hay ilegalidad general, pues lo que puede ser considerado inmigración irregular por un país podrá no serlo para otro.

(95) España también propone el refuerzo de capacidades del Ministerio de Defensa de Cabo Verde y de la Sociedad Nacional de la Cruz Roja de Cabo Verde [id., 6 (viii)].

(96) Veáse HAILBRONNER, K., «The Concept of "Safe Country" and Expeditious Asylum Procedures: a Western European Perspective», *International Journal of Refugee Law*, v. 5, n. 1, 1993, pp. 31-65; ACHERMANN, A., y GATTIKER, M., «Safe Third Countries: European Perspectives», *International Journal of Refugee Law*, v. 7, n. 1, 1995, pp. 19-38.

haberlo hecho en el primer país de llegada, o incluso en los de simple tránsito, las obligaciones de readmisión de ciudadanos caboverdianos de terceros Estados y apátridas expuestas en la AdM(97) y las reglas internacionales sobre desembarque de rescatados marítimos, el país estaría en riesgo de transformarse en un depósito informal de futuros inmigrantes o ilegales rechazados o expulsados por los países de la Unión.

Por consiguiente, la AdM acaba traduciendo ese desideratum de asegurar la cooperación de estados Terceros como Cabo Verde en la implementación de políticas de control de la inmigración de la Unión, sustituyéndola por la facilitación de la movilidad de ciudadanos de dichos estados, bien por motivos laborales, bien por aquellos que pueden incluirse en una dimensión no-laboral. En tanto que documento eminentemente político, basado en un diálogo entre los múltiples socios, el AdM crea un gran paraguas para integrar políticas que, en muchos casos, ya se habían concebido, o para crear las bases para el desarrollo de nuevos enfoques para la gestión de las migraciones entre los dos espacios. Por sí solo, esto no es necesariamente negativo, pero tampoco es un regalo de la Unión a estados Terceros. Desmitificando lo que suelen presentar las cancillerías, especialmente la caboverdiana, y colocando a la AdM en el marco de un proceso de concretización de intereses particulares de todas las partes implicadas, la cuestión a determinar es si, desde el punto de vista del Estado de Cabo Verde, que me corresponde representar aquí, las ventajas de la relación superan a las cargas, porque éstas, a pesar de que raramente son traídas a colación, también están presentes.

III. EL MARCO JURÍDICO-INTERNACIONAL DE LA GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS ENTRE CABO VERDE Y EL ESPACIO EUROPEO

Parte de las relaciones migratorias entre los dos espacios ha sido ya reducida a la forma jurídica, quedando otras dimensiones pendientes de concretización normativa. Ello tiene que ver con los principales compromisos asumidos a nivel de las asociaciones recientemente celebradas en las áreas de la facilitación de la movilidad, integración de inmigrantes y apoyo al desarrollo local, en su vertiente más inclusiva, y de cooperación en el impedimento a la entrada y el fomento de expulsiones de individuos en situación irregular, que corresponde a la parte más excluyente del paquete.

1. Regulación de la movilidad, integración de inmigrantes y apoyo al desarrollo

A) Movilidad laboral y no-laboral

Puede considerarse que los proyectos existentes tratan la cuestión de la movilidad a dos niveles: la movilidad laboral y la movilidad no-laboral. Respecto a la primera(98), la AdM

(97) «Déclaration commune sur un Partenariat pour la Mobilité entre l'Union Européenne et le Cap-Vert», 6 (v) («En application des dispositions de l'article 13 de l'Accord de Cotonou, proposition par la Commission européenne de soumettre au Conseil de l'UE une recommandation en vue de l'obtention de directives pour la négociation d'un accord de réadmission des personnes en séjour irrégulier couvrant les ressortissants de pays tiers et les apatrides»).

(98) Sobre este tipo de acuerdo, *vid*. BOBEVA, D., y GARSON, J.-P., «Overview of Bilateral Agreements and Other Forms of Labour Recruitment», en: *Migration for Employment. Bilateral Agreements at a Crossroads*, París, OECD, 2004, p. 21.

garantiza un paraguas político pero, por su naturaleza y por las propias competencias de la Unión en esta materia, no fija reglas de movilidad ni cuotas para migraciones regulares entre este espacio y Cabo Verde. Esa dimensión de la regulación de la movilidad entre la Unión y Cabo Verde se concreta, en realidad, vía tratados bilaterales de este país con Portugal, España y Francia, hallándose en una fase inicial las conversaciones con Luxemburgo.

El más antiguo de estos tratados data de 1997 y fue celebrado con la República Portuguesa(99). Se trata de un acuerdo que regula la movilidad circular laboral, estableciendo determinadas reglas y procedimientos para conducir la celebración de contratos de trabajo de caboverdianos en Portugal con duración de un año, prorrogables dos veces hasta un máximo de tres años(100). Diez años después se concluyó el acuerdo general de migraciones con España(101), que también prevé la contratación de ciudadanos de la otra parte para fines laborales. Aquí, sin embargo, con una formulación que refleja, al mismo tiempo, las potencialidades y limitaciones de los acuerdos de movilidad laboral. Existe, efectivamente, una situación potencial de migración de la fuerza de trabajo(102), pero de difícil materialización porque se incluyen cláusulas y referencias a la legislación interna(103) que, en última instancia, condicionan cualquier contratación a la situación concreta del mercado de trabajo del Reino, el interés de empleadores y las cualificaciones de los trabajadores(104). En la coyuntura actual

(99) «Protocolo entre a República de Cabo Verde e a República de Cabo Verde sobre a Emigração Temporária de Trabalhadores Cabo-Verdianos para a Prestação de Trabalho em Portugal» (assinado na Praia, 18 de Fevereiro de 1997), aprobado por el Decreto n.º 7/97, de 14 de abril, *BOCV*, I Série, n. 14, pp. 236-238, e enmarcado en el «Acordo Geral sobre Migração entre Cabo Verde e Portugal (Lisboa, 16 de Fevereiro de 1976)», aprobado por la «Decisão com Força de Lei 15/76, de 6 de Julio», *BOCV*, n. 27, Suplemento, pp. 13-14, régimen en fase de revisión, en las condiciones de la AdM.

(100) «Protocolo», art. 2.º

(101) *Vid.,* «Acuerdo Marco de Cooperación en Materia de Inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde (hecho *ad referendum* en Madrid, 20 de marzo de 2007)», *Boletín Oficial del Estado [BOE]*, n. 39, 14 de febrero de 2008, pp. 8028-8033.

(102) Pero, a menudo, a un nivel meramente retórico e instrumental. Por ejemplo, algunas cláusulas se limitan a prever una obligación de favorecer los contactos con empleadores y empresas y de información sobre la situación de los respectivos mercados de trabajo [*id.,* art. 3 (2)], o a estipular que el ciudadano caboverdiano se puede beneficiar de cuotas anuales de trabajadores extranjeros fijadas por el gobierno español [*id.,* art. 3 (4)], lo que puede no tener ningún efecto útil, pues lo sitúa en una posición de competencia con miles de otros candidatos procedentes de todo el mundo siendo, pues, muy poco estrictas las obligaciones en esta materia.

(103) En los términos del acuerdo Marco de Migraciones España-Cabo Verde, «La contratación legal de los nacionales de la Parte contratante de origen en la Parte contratante de acogida será conforme con los procedimientos laborales vigentes en ésta y se regirá por su legislación sobre la materia» [id., art. 3 (3)], lo que es altamente problemático teniendo en cuenta las restricciones de la legislación interna española en materia de contratación de extranjeros explicitadas por el actual artículo 63 del Reglamento de la Ley de extranjeros, de acuerdo con el cual, además de otras condiciones planteadas a los empleadores y trabajadores, sólo podrá materializarse si «La situación nacional de empleo permite la contratación del trabajador extranjero en los términos previstos en el artículo 65 de este Reglamento» [Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, BOE, S. I, n. 33, 30 de abril de 2011, pp. 43821-44006, art. 64 (3) (a)]. Cfr. Igualmente VALDUEZA BLANCO, M.ª D., El tratamiento del trabajo de los extranjeros en España, Valladolid, Lex Nova, 2008, pp. 195-266.

(104) La fórmula es ésta: «Las Partes contratantes impulsarán la contratación legal de nacionales de la otra Parte contratante en su territorio, previo el análisis de sus mercados de trabajo y de la complementariedad de éstos, cuando las cualificaciones profesionales de los nacionales de la Parte contratante de origen casen con las necesidades de las

de contracción del mercado de empleo en España(105), será aún más difícil la materialización de estas oportunidades. En este sentido, el esquema de movilidad francés, incluido en el acuerdo general de migraciones(106) con aquel país, es un poco más atractivo(107) porque contiene oportunidades reales de cierta movilidad laboral, si bien que especialmente orientadas a determinadas profesiones recogidas en un listado(108) y a laformación y primera oportunidad de empleo para jóvenes licenciados en Cabo Verde o en Francia(109) y las cotas establecidas para este tipo de movilidad(110).

En teoría, estos mecanismos pueden propiciar la movilidad laboral circular para el espacio europeo; sin embargo, en el mejor de los casos, el usufructo de tales potencialidades depende excesivamente de factores que el país no puede controlar, quedando a merced de las necesidades laborales efectivas de los países de acogida, de sistemas laborales internos restrictivos, de cuotas globales de entrada, por no hablar de la cuestión de las cualificaciones de los trabajadores. Depositar excesiva confianza en tales esquemas parece ser, en este momento, poco realista y muy precipitado.

Desde otra perspectiva, hay que tener en cuenta los avances producidos en materia de movilidad no-laboral, materia que se concreta principalmente en cuestiones de entrada en el espacio Schengen, pretendiendo tornarlo más flexible por medio de un acuerdo de facilitación de visados de corta duración(111). Este tipo de acuerdo evidentemente sólo tiene sentido para aquellos estados a cuyos ciudadanos se les exija visado de entrada en la Unión en función de los reglamentos aplicables a la entrada en dicho territorio. Así, se

---

empresas y empleadores de la Parte contratante de acogida» [«Acuerdo Marco de Cooperación en Matéria de Inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde», art. 3 (1)].

(105) Veáse a este propósito GRAU PINEDA, C., «El impacto de la crisis económica en la gestión de los flujos migratorios laborales en España», *Temas Laborales*, n.º 109, 2011, pp. 73-110, que habla justamente de medidas para incitar la salida del contingente extranjero en las últimas reformas legislativas en España, y la situación económico-laboral de los inmigrantes en ALONSO, J.O., «Inmigración y crisis del mercado de trabajo en España 2008-2009: el fuerte aumento del desempleo de la inmigración y sus razones», *La inmigración en tiempos de crisis. Anuario de la inmigración en España (2009)*, Barcelona, CIDOB, 2009, pp. 74-108.

(106) «Acordo relativo à Gestão Concertada dos Fluxos Migratórios e do Desenvolvimento Solidário, celebrado entre o Governo da República de Cabo-Verde e o Governo da República Francesa (Paris, 24 de Noviembre de 2008)», aprovado pelo Decreto 4/2009, de 18 de Maio, *BOCV*, I Série, n. 20, 18 de mayo de 2009, pp. 236-246.

(107) El acuerdo remite a la no consideración de la situación nacional de empleo («sans que soit prise en considération la situation de l'emploi») (*id.,* art. 3.º).

(108) *Id.,* Anexo II (La posibilidad de expedición de una tarjeta de residencia de asalariado a nacionales caboverdianos para el ejercicio de profesiones listadas en un anexo al acuerdo).

(109) *Id.,* Art. 3 (1) (derecho de permanencia para jóvenes profesionales que obtuvieron su grado académico mínimo de máster en Francia para efectos de acceso a la primera experiencia laboral) o para jóvenes profesionales entre los 18 y 35 para una primera experiencia laboral [*id.,* art. 3 (2)].

(110) Por ejemplo, para las profesiones listadas en el Anexo II está prevista una cuota de 500 trabajadores caboverdianos, con los excedentes que se podrían beneficiar de los contingentes anuales de extranjeros [art. 3 (2) (3)].

(111) A respecto de este tipo de acuerdo, *cfr.* TRAUNER, F., y KRUSE, I., «EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: Implementing a New EU Security Approach in the Neighbourhood», *European Journal of Migration and Law*, v. 10, n. 4, 2009, pp. 411-438, y sobre el régimen de entrada de extranjeros en el espacio Schengen PASTORES, F., «Visas, Borders, Immigration: Formation, Structure, and Current Evolution of the EU Entry Control System», en: WALKER, N. (ed.), *Europe's Area of Freedom, Security, and Justice*, Oxford, UK, Oxford University Press, 2004, pp. 89-142.

les ha propuesto a diversos estados próximos a la Comunidad como cebo o moneda de cambio para la aceptación de obligaciones menos atractivas de lucha contra la inmigración irregular, particularmente en lo que atañe a los acuerdos de readmisión. En el caso concreto de Cabo Verde, las negociaciones ya están en marcha, teniendo como base el ofrecimiento mencionado de la Unión en la AdM y las directrices aprobadas por el Consejo europeo y, si se llegara a concretar, bajo la condición estricta de aceptación del acuerdo «gemelo» de readmisión, facilitará desplazamientos de determinadas categorías de personas (vinculadas a la administración, cultura, deportes, ciencia y universidad, comercio e inversiones, etc.) entre ambos espacios.

Este ámbito se halla en un estadio de comunitarización tal que se traduce en una mucho menor autonomía de los estados para crear regímenes bilaterales propios con estados terceros. Por ello, los acuerdos bilaterales que existen con Portugal (muchos a través de la CPLP)(112), España(113) y Francia(114), por regla general, se orientan no tanto a la supresión, sino sobre todo a la agilización de procesos de concesión de visados de entrada para titulares de determinado tipo de pasaporte, que ejercen determinados tipos de actividades o que los soliciten por razones médicas o, alternativamente, a meras obligaciones de esfuerzo en este sentido(115), reiterando de hecho aquello que a otro nivel pretende hacer la propia Comisión Europea.

B) Integración y apoyo al desarrollo

La integración de los migrantes y el apoyo al desarrollo encuentran, respectivamente, sus principales manifestaciones en los acuerdos de seguridad social que Cabo Verde ha establecido con diversos países miembros del partenariado y en ciertas cláusulas de apoyo al desarrollo incluidas en los recientes acuerdos generales de migraciones celebrados por el país. Los primeros conectan Cabo Verde con casi todos los países socios (Portugal(116),

(112) *Vid. infra*.

(113) En el acuerdo general de Migraciones con España se menciona la obligación de envidarse «(…) esfuerzos tendentes a facilitar, en el marco de la legislación vigente, la expedición de visados de estancia múltiple a nacionales de la otra Parte contratante en los casos en que el solicitante del visado sea personal directivo u hombres de negocios, investigadores o científicos, profesores universitarios, artistas o intelectuales de reconocido prestigio, deportistas profesionales de alto nivel, que participen activamente en las relaciones económicas, sociales, científicas, universitarias, culturales y deportivas entre ambos países» [«Acuerdo Marco de Cooperación en Materia de Inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde» (hecho *ad referendum* en Madrid, 20 de marzo de 2007)», art. 3 (5)].

(114) «Afin de favoriser la circulation des personnes entre les deux pays, la France et le Cap-Vert s'engagent, dans le respect de leurs obligations respectives, a faciliter la délivrance aux ressortissants de l'autre Partie appartenant à l'une des catégories ci-après d'un visa de court séjour à entrées multiples, dit visa de circulation, permettant des séjours ne pouvant excéder trois mois par semestre et valable de un a cinq ans en fonction de la qualité du dossier présenté, de la durée des activités prévues en France ou au Cap-Vert et de celle de la validité du passeport» [«Acordo relativo à Gestão Concertada dos Fluxos Migratórios e do Desenvolvimento Solidário, celebrado entre o Governo da República de Cabo-Verde e o Governo da República Francesa (Paris, 24 de Noviembre de 2008)», art. 2 (1)].

(115) En el caso español se menciona sólo lo de proseguir «(…) esfuerzos tendentes a facilitar (…)» [«Acuerdo Marco de Cooperación en Materia de Inmigración entre el Reino de España (hecho *ad referendum* en Madrid, 20 de marzo de 2007)», art. 3 (5)].

(116) «Convenção com vista à substituição da Convenção sobre Segurança Social de 1985, celebrada entre o Governo de Cabo Verde e o Governo da República Portuguesa, assinada na cidade da Praia (Cabo Verde), no

Francia[117], Países Bajos[118] y Luxemburgo[119]) y otros miembros de la Unión (Italia[120] y Suecia[121]) —países que, de momento, no participan en la AdM, pero que reciben a pequeñas comunidades de emigrantes isleños[122]—, siendo curiosamente España la única excepción. Este tipo de acuerdo, que permite disfrutar de beneficios sociales, fuera del lugar en el que se practican los descuentos, puede ser un factor importante de atracción para los estados de origen, hacia modelos de regulación de las migraciones.

Los últimos trajeron consigo un período de cierta innovación en el sistema[123] ya que el apoyo al desarrollo nunca suscitó gran interés por parte del Derecho Internacional, por-

---

dia 10 de Abril de 2001», *BOCV*, I Série, n. 24, pp. 329-337; «Acordo Administrativo Relativo as Modalidades de Aplicação da Convenção Sobre a Segurança Social, celebrado entre Cabo Verde e a República Portuguesa, assinado na cidade da Praia (Cabo Verde), no dia 25 de Julho de 2007 (Praia, 25 de Julho de 2007)», *BOCV*, I Série, n. 17, pp. 680-686.

(117) «Constituição da Convenção Geral sobre Segurança Social celebrada entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo da República Francesa (Praia, 15 de Janeiro de 1980)», *BOCV*, n. 19, Suplemento, pp. 12-22; «Acordo Administrativo relativo às modalidades de aplicação da Convenção Geral de Segurança Social entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo da República Francesa, assinado na cidade da Praia (Cabo Verde), no dia 19 de Dezembro de 1986», *BOCV*, n. 53, Suplemento, pp. 32-46.

(118) «Convenção sobre Segurança Social celebrada entre a República de Cabo Verde e o Reino dos Países Baixos, assinado em Haia (Holanda - Países Baixos), no dia 18 de Novembro de 1981», *BOCV*, n. 40, Suplemento, pp. 5-17; «Convenção Celebrada entre a República de Cabo Verde e o Reino dos Países Baixos, relativa à revisão da Convenção de Segurança Social, entre a República de Cabo Verde e o Reino dos Países Baixos, concluída em Haia (Holanda - Países Baixos) no dia 18 de Novembro de 1981 (Haia, 23 de Janeiro de 2005)», *BOCV*, I Série, n. 7, pp. 85-90; «Convenção de Revisão da Convenção de Segurança Social, celebrado entre o Reino dos Países Baixos e a República de Cabo Verde, assinada a 18 de Novembro de 1981 em Haia, tal como revista e assinada em 23 de Janeiro de 1995, e do Protocolo sobre a legitimidade dos Direitos à Convenção, assinado na cidade da Praia (Cabo Verde), no dia 22 de Maio de 2000», *BOCV*, I Série, n. 6, pp. 106-111; «Acordo Administrativo relativo às modalidades de aplicação da Convenção de Segurança Social celebrado entre a República de Cabo Verde e o Reino dos Países Baixos, assinado em Haia (Holanda - Países Baixos), no dia 18 de Novembro de 1981», *BOCV*, n. 15, Suplemento, pp. 24-37; «Acordo entre as autoridades competentes cabo-verdianas e holandeses, sobre a revisão do Acordo Administrativo de 18 de Novembro de 1981, relativo às modalidades de aplicação da Convenção de Segurança Social entre a República de Cabo Verde e o Reino dos Países Baixos, assinado em Haia (Holanda - Países Baixos) no dia 18 de Novembro de 1981», *BOCV*, I Série, n. 3, pp. 34-38.

(119) «Convenção sobre a Segurança Social entre a República de Cabo Verde e o Grão Ducado do Luxemburgo, concluída em Luxemburgo (Luxemburgo), no dia 24 de Maio de 1989», Aprovado pelo Decreto 147/90, de 22 de Dezembro, *BOCV*, n. 51, pp. 1-7; «Acordo Administrativo Relativo às modalidades de aplicação da Convenção de Segurança Social, celebrado entre a República de Cabo Verde e o Grão Ducado de Luxemburgo, concluído na cidade da Praia (Cabo Verde), no dia 19 de Junho de 1990», *BOCV*, Suplemento, n. 51, pp. 8-14.

(120) «Convenção Geral sobre Segurança Social celebrado entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo da República Italiana (Praia, 18 de Dezembro de 1980)», *BOCV*, I Série, n. 18, pp. 192-201; «Acordo Administrativo relativo às modalidades de aplicação da Convenção de Segurança Social entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo da República Italiana, concluído na cidade da Praia (Cabo Verde), no dia 7 de Maio de 1987», *BOCV*, I Série, n. 24, pp. 230-236.

(121) «Convenção sobre Segurança Social, celebrado entre a República de Cabo Verde e o Reino da Suécia, concluída em Estocolmo (Suécia), no dia 9 de Fevereiro de 1988, e modificada em 21 de Setembro de 1989», «Acordo Administrativo para a aplicação da Convenção sobre Segurança Social entre a República de Cabo Verde e o Reino da Suécia (Estocolmo, 9 de Fevereiro de 1988)», *BOCV*, n. 51, Suplemento, pp. 19-24.

(122) Respectivamente, ver ANDALL, J., «Cape Verdeans in Italy»; AKESSON, L., «Cape Verdeans in Sweden», en: BATALHA, L., y CARLING, J. (eds.), *op. cit.*, nota 1, pp. 81-89; 101-109.

(123) A respecto de estos acuerdos se recomienda ADEPOJU, A.; VAN NOORLOOS, F.; ZOOMERS, A., «Europe's Migration Agreements with Migrant-Sending Countries in the Global South: a Critical Review», International Migration, v. 48, n.º 3, 2009, pp. 42-75.

que normalmente las acciones adoptadas en este ámbito acaban quedando incluidas en un plano político y moral de las relaciones entre los estados y se consideran a partir de una visión que las concibe como meras liberalidades no susceptibles de generar obligaciones y responsabilidades jurídicas. La novedad aquí es que determinadas acciones vinculadas al apoyo al desarrollo comienzan a atraer el interés del Derecho Internacional a partir del momento en que pasan a integrar tratados de regulación de contingentes migratorios, siendo, de nuevo, uno de los elementos decisivos concebidos por los Estados de recepción para convencer a los estados de origen o de tránsito de que sean más cooperantes en la lucha contra la inmigración irregular. Actualmente Cabo Verde tiene acuerdos con Francia y España. Tanto en un caso como en el otro, han quedado en un plano muy genérico(124), sin que sus fórmulas jurídicas sean capaces de generar obligaciones claras para los Estados financiadores(125), además de que, curiosamente en el caso de España, la concepción de apoyo al desarrollo se halla en gran medida asociada al fortalecimiento de los propios medios de control migratorio del Estado de origen(126).

---

(124) Veáse, *v.g.*, la fórmula incluida en el acuerdo con España: «Conscientes de que el fenómeno migratorio está relacionado, entre otros factores, con la falta de expectativas socioeconómicas en las zonas de origen, España y la sociedad española harán esfuerzos para contribuir al desarrollo de la República de Cabo Verde, utilizando los mecanismos bilaterales y multilaterales a disposición de las Partes contratantes, y fomentando la actuación de las diásporas, en sintonía con lo previsto en el Plan Director de la Cooperación Española» [«Acuerdo Marco de Cooperación en Materia de Inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde» (hecho *ad referendum* en Madrid, 20 de marzo de 2007), art. 7 (1)].

(125) Aquí cabe observar que, incluso en el caso francés, que contempla cierta evolución cualitativa, no se llegó tan lejos como en los tratados entre este país y otros Estados en los que las obligaciones en materia de «desarrollo solidario» son mucho más estrictas. Es el caso del «Accord-Cadre Relatif à la Gestion Concertée des Migrations et au Développement Solidaire entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République Tunisienne (Tunis, 28 Avril 2008)», *Journal Officiel de la République Française*, 26 de julio de 2009, mucho más claro en relación a la financiación de proyectos de apoyo al desarrollo incluidos como anexos del «Protocole en matière de Développement Solidaire entre Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République Tunisienne (Tunis, 28 Avril 2008)» (id.).

(126) Gran parte de la disposición reservada para esta cuestión del acuerdo Marco de Migraciones se ocupa de este tipo de cuestión y no deja de enfatizar su importancia al utilizar la palabra «especialmente»: «España apoyará especialmente la puesta en marcha de políticas públicas migratorias para llevar la cabo una gestión ordenada y cooperativa de los flujos migratorios. Con este fin, las Partes contratantes respaldarán decididamente las acciones relacionadas con el fortalecimiento de las capacidades institucionales de la República de Cabo Verde para el diseño e implementación de estas políticas migratorias públicas y de los servicios migratorios asociados, que deben abarcar fundamentalmente los siguientes ámbitos: a) gestión integral de la migración, a través de políticas, programas y normas jurídicas coherentes entre sí, que mejoren la gestión de los flujos migratorios y garanticen la protección de los derechos de los emigrantes; b) servicios de información y orientación sobre canales legales de migración y riesgos de la vía irregular y, en concreto, sobre las características del país de destino en cuanto al marco legal de extranjería y inmigración, necesidades de su mercado de trabajo, y condiciones de vida y trabajo en el mismo; c) observatorios de la emigración, para el estudio de sus tendencias e impacto en sus regiones de origen; d) mecanismos adecuados de reclutamiento y de formación en origen, tales como formación ocupacional para la adaptación al puesto de trabajo y la capacitación en el idioma del país de acogida; e) servicios de protección e integración de los emigrantes en los países de tránsito y destino, así como de apoyo a las familias en los países de origen; f) mecanismos para el establecimiento de marcos adecuados de referencia en el tejido económico nacional, que faciliten la recepción de remesas y favorezcan la creación de entidades de ahorro y crédito, incluidos los microcréditos» [«Acuerdo Marco de Cooperación en Materia de Inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde» (hecho *ad referendum* en Madrid, 20 de marzo de 2007)», art. 7 (3)].

2. Regulación de la cooperación en la represión de la inmigración irregular

A) Cooperación en el impedimento a la entrada: desarrollo de sistemas de fiscalización conjunta de fronteras terrestres y, especialmente, marítimas

Cabo Verde se halla vinculado por medio de diversas convenciones internacionales de Derecho del Mar(127) y lucha contra la delincuencia organizada transnacional y, como Estado costero con soberanía y jurisdicción sobre partes del Mar, está sujeto a un conjunto de obligaciones en el dominio de la salvación marítima y lucha contra el tráfico de personas y contra la inmigración clandestina, por lo que debe montar un mecanismo(128) que le permita actuar en su área de búsqueda y salvación para auxiliar a embarcaciones —especialmente aquellas que transportan migrantes clandestinos— que estén en peligro(129) y prevenir, imputar, y reprimir algunas conductas relacionadas con el tráfico de personas y con la inmigración irregular.

De entre las obligaciones genéricas que asume un Estado por el ejercicio de la soberanía en este espacio, y que se derivan de dichas convenciones, está la de ejercer efectivamente las prerrogativas que le fueron concedidas, si ello fuera necesario, mediante la cooperación mutua. En el caso concreto de Cabo Verde, a pesar de que el interés del país no haya sido estrictamente migratorio, éste acabó desarrollando articulaciones, a diversos niveles, con un conjunto de actores europeos interesados en la represión de la «inmigración clandestina» en la región del Atlántico y, en particular, con Frontex(130),

(127) «Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay (Jamaica), no dia 10 de Dezembro de 1982», aprobada para Ratificación por la Lei 17/III/97, de 3 de agosto de 1987, *BOCV*, I Serie, n. 31, 3 de agosto de 1987, pp. 1-69; «Convenção Internacional sobre Busca e Salvamento Marítimo», aprobada por el Decreto n.º 8/96, de 10 de diciembre, *BOCV*, I Série, n. 41, 10 de diciembre de 1996, pp. 25-47; «Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar» (Hamburgo, 1974), Aprobada Ratificación por la Resolução n.º 20/93, de 1 de setiembre, *BOCV*, I Série, n. 28, Suplemento, 1 de setiembre de 1993, pp. 25-47.

(128) Recientemente se creó la «Comisión Nacional de Coordinación de Búsqueda y Salvamento» por la Resolución del Consejo de Ministros n.º 31/2009, de 21 de septiembre, *BOCV*, I Serie, n. 37, de 21 de septiembre de 2009, pp. 869-870, para «facilitar a coordenação das actividades de todas as entidades participantes, quer no sector público ou privado, e servir com um fórum apropriado no qual os participantes devem recomendar políticas e procedimentos que devem ser incorporados no Plano Nacional de Busca e Salvamento (SAR)» (Preámbulo).

(129) De acuerdo con la «Convención Internacional sobre Búsqueda y Salvación Marítima», 2.1.1, «As partes asseguram a tomada das disposições necessárias para estabelecimento de adequado serviço de busca e salvamento para pessoas em perigo no mar ao longo das suas costas». El Decreto-Ley n.º 47/98, de 7 de septiembre, *BOCV*, I Serie, n. 33, 7 de septiembre de 1998, pp. 399-402, de acuerdo con el que «O comandante de qualquer embarcação ou quem nela desempenhe funções semelhantes, está obrigado a prestar socorro a pessoas em perigo, desde que isso não acarrete risco grave para a sua embarcação ou para as pessoas na mesma embarcados» (art. 4.º), extiende esta obligación a las embarcaciones privadas.

(130) En realidad, el acuerdo operativo que Frontex firmó con entidades caboverdianas no es un tratado: se limita a prever la cooperación con la Polícia Nacional de Cabo Verde y a través de ésta con otras agencias de seguridad de este país, lo que es importante porque, desde el punto de vista interno, quien puede realizar operaciones de seguridad en las zonas marítimas bajo soberanía o jurisdicción de Cabo Verde es la Guardia Costera vinculada a las Fuerzas Armadas (v. «Acordo de Trabalho estabelecendo uma Cooperação Internacional entre a Frontex e a Polícia Nacional de Cabo Verde», 2011).

España[131] y Portugal[132]. Con el primero, a quien el Derecho europeo no le otorga poderes para la celebración de tratados, pero que se ha orientado hacia el control efectivo e implacable de la frontera marítima[133], se estableció un acuerdo operativo y con los países ibéricos, acuerdos de fiscalización de zonas marítimas bajo la soberanía o la jurisdicción del Estado de Cabo Verde, que les permiten, con ciertas limitaciones, ejercer actividades de control externalizado de migraciones irregulares, cuya importancia es notoria, especialmente para España[134] en función de los problemas concretos que afectan a las Islas Canarias[135].

Para Cabo Verde, el interés concreto de este tipo de actividad es muy discutible porque la mayor parte de las embarcaciones que hacen el recorrido pretenden llegar a Europa y no a las islas africanas. Además, como el país es parte de una zona de libre circulación de personas en África Occidental ningún posible inmigrante tendría la necesidad de recurrir a medios marítimos arriesgados[136] si tiene un Derecho de entrada en Cabo Verde. Por consiguiente, las patrullas, principalmente en el caso del Reino de España, sirven esencialmente para asegurar la cooperación de los Estados de tránsito (en este caso marítimo) como Cabo Verde en el impedimento a la llegada de extranjeros en situación irregular a su propio territorio.

Sin embargo, se trata de una cooperación con ciertos riesgos, incluso para Cabo Verde, suscitando un conjunto de problemas en el ámbito del Derecho Internacional. El primero, relacionado con aspectos jurisdiccionales[137], se resuelve fácilmente y se

---

(131) «Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre Vigilancia Conjunta de los Espacios Marítimos bajo Soberanía y Jurisdicción de Cabo Verde», *BOE*, n. 136, Sec. I, 5 de junio de 2009, pp. 47545-47548.

(132) «Tratado celebrado entre a República de Cabo Verde e a República Portuguesa no domínio da fiscalização conjunta de espaços marítimos sob a soberania ou jurisdição da República de Cabo Verde, assinado na cidade do Mindelo (Cabo Verde), no dia 16 de Setembro de 2006», aprobado para ratificación por la Resolução n.º 6/VII/2007, de 2 de enero, *BOCV*, I Série, n. 1, 2 de enero de 2007, pp. 2-6.

(133) En general, para los aspectos jurídicos, *cfr.* BALDACCINI, A., «Extraterritorial Border Controls in the EU: the Role of Frontex in Operations at Sea», en: RYAN, B., y MITSILEGAS, V. (ed.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 229-256; PAPASTAVRIDIS, E., «"Fortress Europe" and FRONTEX: Within or Without International Law?», *Nordic Journal of International Law*, v. 79, n. 1, 2010, pp. 75-11; sobre la creación y evolución de la agencia, NEAL, Andrew, «Securitization and Risk at the UE Border: The Origins of Frontex», *Journal of Common Market Studies*, v. 47, n. 2, 2009, pp. 333-356; y, para un marco politico, KASPAREK, B., «Borders and Population in Flux: Frontex's Place in the European Union's Migration Management», en: GEIGER, M., y PÉCOUD, A. (eds.), *op. cit.*, nota 42, pp. 119-140.

(134) Ver la experiencia española en LIROLA DELGADO, I., «España y la lucha contra el tráfico ilícito de inmigrantes por mar», en: PUEYO LOSA, J., y URBINA, J.J., (coord.), *La cooperación internacional en la ordenación de los mares y océanos*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 397-429, y GARCÍA ANDRADE, P., «Extraterritorial Strategies to Tackle Irregular Migration by Sea: A Spanish Perspective», en: RYAN, B., y MITSILEGAS, V. (ed.), *op. cit.*, nota 133, pp. 281-310.

(135) *Vid*. CARRERA, S., «The EU Border Management Strategy. Frontex and the Challenge of Irregular Migration to the Canary Islands», *CEPS Working Document*, n. 261, 2007.

(136) Por todos, c*fr.* CARRETERO, M.H., *Risk-taking in unauthorised migration*, MA Thesis, Tromso, University of Tromso, Social Sciences Faculty, 2008, *passim*.

(137) *Vid.* RYAN, B., y MITSILEGAS, V. (ed.), *op. cit.*, nota 133, *passim*, y también PAPASTRAVIDIS, E., *The Right of Visit in the 21st Century Legal Order of the Oceans*, PhD Thesis, Londres, ULC, 2009, p. 178 y ss («Interference on the High Seas and Human Beings»).

mantiene bajo el control de los estados, ya que los acuerdos bilaterales permiten que el Estado costero, exceptuando ciertos límites explicitados, pueda delegar los poderes que ejerce en las áreas marítimas a otro Estado para la supervisión de actividades ligadas a la inmigración irregular toda vez que reserve para sí determinadas acciones de soberanía como apresamientos y detenciones, pudiendo igualmente autorizar el abordaje a barcos de su bandera en alta mar(138). No obstante, en este espacio, como la mayor parte de las embarcaciones que transportan migrantes son pequeñas piraguas u otro tipo de embarcación que no porta ninguna bandera o matrícula, fuera de las zonas controladas por los estados costeros, no se plantean muchas limitaciones al ejercicio de los poderes jurisdiccionales.

La determinación del lugar de desembarco es igualmente importante, y aún no se sabe con mucha seguridad quién tiene responsabilidades en esta materia. En principio, este aspecto depende del espacio de intervención, lo que significa que si se intercepta una embarcación con migrantes clandestinos en el mar territorial, en un área contigua o incluso en un área de salvación caboverdiana, aunque dicha embarcación se encuentre de camino a las Islas Canarias, los ocupantes son desembarcados en Cabo Verde, lugar en el que podrían recibir los primeros auxilios y solicitar asilo, y que después tendría que asegurar su traslado a los países de origen o aceptarlos en su propio territorio. En este sentido, además de cargar excesivamente al Estado de Cabo Verde, se le estarían transfiriendo actos cuya ejecución podría causar problemas con los estados vecinos —que tendrán dificultad para entender esta intromisión en asuntos ajenos por parte del archipiélago, lo que crearía malestar en nuestras relaciones con ellos(139), a la vez que le estaría ahorrando a España una serie de fricciones potenciales de cierta amplitud, como ya ha sucedido en el pasado—.

Las cuestiones de responsabilidad internacional del Estado están mucho menos claras. Cabo Verde y sus socios recurren a fórmulas genéricas para alejarla o dejarla fluir. Sin embargo, si se tienen en cuenta las normas de aplicación usuales, existe responsabilidad solidaria de los dos Estados, la cual no se excluye por declaración unilateral(140), como ocurrió en el caso del Marine I(141). Por ello, tal como Cabo Verde corre riesgos por

---

(138) De acuerdo con el acuerdo bilateral, «Con excepción de las situaciones previstas en el derecho internacional, las intervenciones de fiscalización, visita o apresamiento, especialmente estas últimas, solamente podrán ser efectuadas por las autoridades caboverdianas o bajo su dirección» [«Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre Vigilancia Conjunta de los Espacios Marítimos bajo Soberanía y Jurisdicción de Cabo Verde», art. 6 (5)].

(139) GABRIELLI, L., «La inmigración "informal" en las relaciones entre Europa y África Subsahariana», en: CHUECA SANCHO, Á. (ed.), *Derechos Humanos, Inmigrantes en Situación Irregular y Unión Europea*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 25-38, observó recientemente que «este proceso de delegación de control interfiere en las relaciones entre Estados del continente africano, acentuando tensiones tanto entre países vecinos, como entre los países de África del Norte y África Subsahariana» (p. 35).

(140) En el mismo sentido, GARCÍA ANDRADE, P., *op. cit.*, nota 134, p. 24, comentando el dispositivo del tratado bilateral de acuerdo con el cual «Cada Parte responderá, dentro del límite de sus responsabilidades, de los actos realizados en las misiones de vigilancia conjunta de los espacios marítimos bajo soberanía y jurisdicción de la Parte caboverdiana» («Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre Vigilancia Conjunta de los Espacios Marítimos bajo Soberania y Jurisdición de Cabo Verde», art. 8).

(141) *Cfr.* WOUTERS, K., y DEN HEIJER, M., «The *Marine I* Case: A Comment», *International Journal of Refugee Law*, v. 22, n. 1, 2009, pp. 1-19.

esta asociación con España, la inversa también es cierta, y aquí el único consuelo reside en el hecho de que, al menos formalmente, se trata de estados que respetan los derechos humanos y tienen un control democrático, si bien que ambos manifiesten la tendencia injustificada de tener comportamientos excesivamente rigurosos en relación a aquellos extranjeros designados como extraños por la comunidad política. Es por ello que no se puede alejar del todo la posibilidad de responsabilización en el marco de esta forma de cooperación.

B) Cooperación en la expulsión: la creación de obligaciones de readmisión

Una de las cuestiones más importantes de este debate está relacionada con las obligaciones de readmisión de personas en situación irregular en el territorio(142). Tan es así, que gran parte de los documentos de política y de legislación comunitaria sobre migración abordan esta cuestión(143). El Derecho Internacional no trata de la misma forma la readmisión de ciudadanos y la readmisión de extranjeros o apátridas. En el primer caso, a pesar de cierta controversia doctrinal(144), hay sin duda una obligación de readmisión(145) basada en la práctica internacional relevante, si bien aún existen contradicciones típicas de regímenes jurídicos consuetudinarios; en especial, acerca del modo de implementar la

(142) A respecto de los aspectos generales de esta materia central para nuestra reflexión, vid. GOODWIN-GILL, op.cit., nota 34, pp. 136-137; HAILBRONNER, K., «Readmission Agreements and the Obligations of States under International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals», Zeitschrift für ausländisches öffentliches Rechts und Volkerrecht, v. 57, n. 1, 1997, pp. 1-49; SCHIEFFER, M., «The Readmission of Third Country Nationals within Bilateral and Multilateral Frameworks», en: DEN BOER, M. (ed.), The Implementation of Schengen: First the Widening, Now the Deepening, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1997, pp. 97-108; ALBUQUERQUE ABELL, N., «The Compatibility of Readmission Agreements with the 1951 Convention relating to the Status of Refugees», International Journal of Refugee Law, v. 11, n. 1, 1999, pp. 60-83; NOLL, G., «Return of a Person to a State of Origin and Third States», en: ALEINIKOFF, T.A., y CHETÁIL, V. (eds.), op. cit., nota 34, pp. 60-74; BENCHIKH, M., «Les accords de réadmission», en: CHETÁIL, V., (dir.), Mondialisation, migration, droits de l'homme: le droit international en question, Bruselas, Bruylant, 2007, v. II, pp. 665-687.

(143) Sobre la legislación y práctica europea de expulsión, *vid.* La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, D.O.U.E., L 348/98, 24/12/2008, Preámbulo, recomendando que «A fin de facilitar el proceso de retorno, se destaca la necesidad de que haya acuerdos de readmisión comunitarios y bilaterales con terceros países. La cooperación internacional con los países de origen en todas las fases del proceso de retorno constituye un requisito previo para la consecución de un retorno sostenible», así como los comentarios de PEERS, S., y ROGERS, N. (ed.), *op. cit.*, nota 56, pp. 881-898; COLEMAN, N., *European Readmission Policy. Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 1 y ss. (el autor llega a decir que los acuerdos de readmisión son «typically European»), y TRAUNER, F., y KRUSE, I., *op. cit.*, nota 111, pp. 411-438.

(144) Parte muy minoritaria de la doctrina que ha rechazado esa obligación. *Cfr.* Gregor NOLL, *op. cit.*, nota 142, pp. 60-74, considerando que sólo es válida en los casos de retorno voluntário.

(145) Seguir igualmente GOODWIN-GILL, *op.cit.* nota 34, p. 137, para quien «considered simply as an obligation between States, the duty to admit nationals is firmly fixed within the corpus of general international law», y Madjid BENCHIKH, *op.cit.*, nota 142, pp. 665-666 («L'obligation de readmission des nationaux est une régle coutumière de droit international. Cette règle est en realité etroitement liée aux competences de l'Etat souverain sur ses ressortissants à l'étranger») (p. 675).

obligación de readmisión de ciudadanos, máxime una vez relacionadas las reglas aceptables para prueba o presunción de nacionalidad y sus posibles limitaciones(146).

Por otra parte, no existe ninguna obligación de readmisión de extranjeros en el Derecho Internacional General(147). Ningún Estado está obligado a recibir a ciudadanos de terceros Estados o apátridas, a menos que se esté ante casos marginales en los que el propio Estado sea responsable por este estatuto o eventualmente se trate de la aplicación de una costumbre especial(148). Por lo tanto, en ausencia de norma inter se en el caso concreto de esta relación entre Cabo Verde y el espacio europeo, lo máximo que se podría exigir es que cada uno admita a sus propios ciudadanos expulsados del otro, de acuerdo con procedimientos a determinar políticamente, de forma igualmente aceptable para todos. Esto, evidentemente, sitúa fuera del marco de las obligaciones generales la cuestión de la readmisión de apátridas, de ciudadanos de terceros Estados y la especificación de procedimientos de readmisión, incluyendo aquí los documentos referentes a la prueba o presunción de nacionalidad, etc.

Por consiguiente, si le interesase a la Unión materializar sus orientaciones en materia de políticas de expulsión, la forma de hacerlo sería mediante la celebración de acuerdos de readmisión con otros Estados que contemplen no sólo a los ciudadanos de estos Estados, sino también a aquellos extranjeros que transitaron por su territorio o a quienes se les haya concedido un Derecho de entrada en el territorio, así como mediante la introducción de fórmulas que aclaren los deberes usuales y su reglamentación(149). Es lo que se ha hecho en relación a Cabo Verde, Estado al que todavía se le aplica la fórmula del artículo 13 del acuerdo de Cotonú, que se limita a prever la obligación de readmisión de ciudadanos(150) y la apertura de negociaciones para negociar de buena fe acuerdos bilaterales de readmisión que incluyen no sólo a ciudadanos sino también a los ciudadanos de países terceros y apátridas(151), y algunas

(146) Por ejemplo, seguir COLEMAN, N., *op. cit.*, nota 143, pp. 37-41, teniendo en cuenta aspectos evolutivos de la práctica, a saber, asociados a la fragilización de la obligación en función de la oferta de compensación financiera que se tornó común, y GOODWIN-GILL, *op.cit.*, nota 34, p. 201, planteando reservas con relación a la existencia de una obligación de readmisión en situación de ilegalidad en la expulsión.

(147) En este sentido, COLEMAN, N., *op. cit.*, nota 143, pp. 41-45, que refleja la posición mayoritaria.

(148) Autores como HAILBRONNER, K., «Readmission Agreements and the Obligations of States under International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals», nota 142, p. 31, consideran que existe una costumbre regional europea basada en el principio de vecindad al establecer una obligación de readmisión de nacionales de terceros Estados y apátridas.

(149) Como apunta BENCHIKH, M., *op.cit.*, nota 142, p. 677, «la plutart des dispositions de cet accord sont destinées à permettre la mise en oeuvre d'une obligation dont l'origine est coutoumière mais dont la mise en ouvre rencontre de nombreuses difficulties».

(150) La parte relevante del artículo usa esta redacción: «(…) c) Las Partes convienen también en lo siguiente: cada Estado miembro de la Unión Europea readmitirá y aceptará el retorno de cualquiera de sus propios nacionales que resida ilegalmente en el territorio de un Estado ACP, la petición de este último y sin mediar más trámites; cada uno de los Estados ACP readmitirá y aceptará el retorno de cualquiera de sus propios nacionales que resida ilegalmente en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, a petición de este último y sin mediar más trámites» [«Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000», art. 13 (5)].

(151) Así, el artículo 13 (5) (c) (ii): «A petición de una Parte, se iniciarán negociaciones con los Estados ACP encaminadas a celebrar, de buena fe y de acuerdo con los principios correspondientes del derecho internacional, acuerdos bilaterales que regulen las obligaciones específicas de readmisión y retorno de sus nacionales. Estos acuerdos incluirán

normas contenidas en tratados bilaterales celebrados con Francia[152] y España[153] que preven la readmisión de ciudadanos.

Ha sido por estos motivos que la Unión Europea introdujo en la AdM el compromiso de negociar los acuerdos de readmisión incluyendo a ciudadanos de Estados terceros y apátridas, instrumento que ha estado siendo objeto de negociación entre la Comisión y Cabo Verde. Si se llegara a aprobar un tratado de tales características, habrá un desequilibrio total de la relación migratoria entre la Unión y Cabo Verde, pudiendo Cabo Verde, en concreto, correr el riego de convertirse en un mero utensilio útil disponible para aquellas situaciones en que no sea posible repatriar a un ciudadano de un tercer Estado[154], además de transformarse en un depósito de individuos expulsados del territorio europeo.

C) Instrumentos complementarios de cooperación: los acuerdos de cooperación judicial penal

Este tipo de acuerdos, a su manera, también puede formar parte de un paquete de gestión de contingentes migratorios ya que regulan el movimiento de personas entre espacios. En el caso de Cabo Verde, este aspecto es aún más importante porque muchas de las cuestiones polémicas relativas a las migraciones implican a ciudadanos caboverdianos que cometen actos delictivos en Europa y se refugian en las Islas[155]. La Unión Europea no posee aún competencias en esta materia, por lo que sólo podemos mencionar los acuerdos reciente-

---

también, si una de las Partes lo considerare necesario, disposiciones sobre la readmisión de nacionales de terceros países y apátridas. Los acuerdos precisarán las categorías de personas afectadas por estas disposiciones así como las modalidades de su readmisión y retorno».

(152) La fórmula incluida en el acuerdo general de migraciones es esta: «Conformément au principe d'une responsabilité partagée en matière de lutte contre l'immigration irrégulière, chaque Partie réadmet sur son territoire, á la demande de l'autre Partie et dans le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes, ses ressortissants en situation irrégulière sur le territoire de l'autre Partie» («Acordo relativo à Gestão Concertada dos Fluxos Migratórios e do Desenvolvimento Solidário, celebrado entre o Governo da República de Cabo-Verde e o Governo da República Francesa (Paris, 24 de Novembro de 2008)», art. 4.º).

(153) «Cada Parte contratante admitirá en su propio territorio, a solicitud de la otra, a cualquier persona que no tenga o haya dejado de tener derecho a entrar, permanecer o residir en el territorio de la Parte contratante requiriente, cuando se haya acreditado, de conformidad con el artículo 1 o con el artículo 2 del Anexo a este Acuerdo Marco o por el procedimiento de identificación expresado en el artículo 3 de dicho Anexo, que la persona de que se trate es nacional de la Parte contratante requerida» [Acuerdo Marco de Cooperación en Materia de Inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde (hecho *ad referendum* en Madrid, 20 de marzo de 2007), art. 9 (1), Anexo]; complementariamente, *cfr.* ASÍN CABRERA, M.ª A., «Los acuerdos bilaterales subscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 10, 2008, pp. 165-188.

(154) ROIG, A., y HUDDLESTONE, T., «EC Readmission Agreements: A Re-Valuation of the Political Impasse», *European Journal of Migration and Law*, v. 9, n. 3, 2007, pp. 363-387, apuntan que «The Commission views readmission agreements with transit countries as an alternative to repatriation to countries of origin of irregular migrants, whose itinerary, but not their identity, can be established. With readmission agreements in place, nationality may no longer be the decisive factor for return (...)» (p. 365).

(155) Ver artículos en PINA-DELGADO, J.; FONSECA, J.C., y TIUJO DELGADO, L. (orgs.), *Aspectos Polémicos da Extradição em Cabo Verde e no Espaço Lusófono. Nacionalidade, Pena Aplicável, Institutos Afins*, Praia, Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais/Fundação Direito & Justiça, 2009.

mente celebrados en materia de extradición, transferencia de personas condenadas y auxilio judicial en materia penal con algunos de los socios de la AdM como Portugal(156), país socio que, por motivos históricos y culturales, acaba por ser el más cercano a Cabo Verde, y España(157). La extradición requiere una solicitud por parte de otro Estado que pretende tener acceso a una persona para efectos de procedimiento criminal o ejecución de sentencia. Aun así, y dado el caso, puede también utilizarse para eliminar a inmigrantes difíciles que cometen delitos o sospechosos de cometerlos, así como, desde otra perspectiva, para efectos de acceso a nacionales expatriados e inmigrantes que hayan cometido delitos y huyan a sus Estados de origen. Los acuerdos de transferencia de personas condenadas, sin perjuicio de hallarse sujetos a determinadas salvaguardias, también pueden ser un mecanismo hábil para que un Estado pueda verse libre de un extranjero que esté cumpliendo su pena, transfiriendo su ejecución a su Estado de origen, desde que se logre convencer al condenado a solicitar la transferencia y al Estado de su nacionalidad a aceptarla(158).

D) Acuerdos paralelos con terceros: la libre circulación de personas en el espacio de la CEDEAO y de la CPLP, las relaciones bilaterales de movilidad y la gestión de inmigración Cabo Verde-Unión Europea

De manera complementaria, conviene indagar si las relaciones que Cabo Verde mantiene con otros espacios en relación a la movilidad de personas pueden llegar a interferir con el mecanismo de regulación que se intenta establecer con la Unión. En realidad, el único enlace relevante para esta discusión sería la pertenencia del país a la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO) y la vinculación a su Protocolo de Libre Circulación de personas, Derecho de Residencia y de Establecimiento(159), que establece, de forma limitada, un espacio de libre circulación en la región(160) que le concede al ciudadano

---

(156) «Acuerdo de cooperación jurídica y judicial, en materia civil y penal, celebrado entre la República de Cabo Verde y la República de Portugal (Praia, 2 de Diciembre de 2003)», *BOCV*, I Serie, n. 17, 7 de junio de 2004, pp. 402-417.

(157) «Convenio de Extradición entre el Reino de España y la República de Cabo Verde (hecho "ad referendum", Madrid, 20 de marzo 2007)», *BOE*, n. 224, sec. I, 16 de septiembre de 2009, pp. 77227-77233; «Convenio sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Cabo Verde (hecho "ad referendum", Madrid, 20 de marzo 2007)», *BOE*, n. 224, sec. I, 16 de septiembre de 2009, pp. 77245-77250, así como además el «Convenio entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho "ad referendum" en Praia el 26 de junio de 2006», *BOE*, n. 153, 25 de junio de 2008, pp. 28313-28315 (se refiere a la cooperación en la lucha contra la «inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos» [art. 1 (2) (b)].

(158) La solución que se trasladó al art. 3.º d) y e) del «Convenio sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Cabo Verde (hecho "ad referendum", Madrid, 20 de marzo 2007)», establece que las transferencias sólo se pueden llevar a efecto si hay acuerdo entre el Estado de la nacionalidad, el Estado que impone la condena y el propio condenado.

(159) «Protocolo sobre a Livre Circulação de Pessoas, o Direito de Residência e de Estabelecimento», Aprobado por la Lei n.º 18/II/82, de 30 de Março, *BOCV*, Suplemento, 7 de mayo de 1982, pp. 4-8, y «Convenção sobre a Livre Circulação e Fixação de Pessoas e Bens entre a República de Cabo Verde e a República do Senegal» (Praia, 6 de agosto de 1999), aprobada por la «Resolução 151/V/99, de 28 de Deciembre, *BOCV*, I Serie, n. 47, 4.º Suplemento, 28 de diciembre de 1999, pp. 9-12, específica para las relaciones con Senegal.

(160) A este respecto, ver MARTENS, J., «Moving Freely on the African Continent: The Experiences of ECOWAS and SADC with Free Movement Protocols», en: CHOLEWINSKI, R.; PERRUCHOUD, R., y MACDONALD, E. (eds.), *op. cit.*, nota 34, pp. 349-361.

comunitario un Derecho de desplazamiento[161]. A pesar de que el grado de implementación de estos mecanismos, a nivel subregional, es muy limitado y se producen violaciones flagrantes de sus preceptos comunes[162], el hecho es que, jurídicamente, Cabo Verde se halla sujeto a este Protocolo.

Los documentos políticos en que se basan las relaciones políticas entre Cabo Verde y la Unión Europea presuponen no sólo una ausencia total de tensiones con el proyecto regional africano-occidental, sino también su complementariedad[163], teniendo en su base la idea de que el interés generado en los socios europeos de Cabo Verde resulta precisamente de su localización estratégica y de su pertenencia a la CEDEAO[164]. Desde el punto de vista de los intereses caboverdianos, el cruce entre estos dos proyectos no está exento de efectos potencialmente negativos, como puede parecer a primera vista[165]. El Derecho a la libre circulación en la CEDEAO permite la utilización del Archipiélago como punto de tránsito —y en este caso no es meramente marítimo— a Europa (principalmente a Canarias). Como está pendiente la negociación de un acuerdo de readmisión que incluya a extranjeros que hayan transitado en territorio nacional e incluso a los que posean genéricamente un Derecho de entrada —como es el caso de un ciudadano miembro de la CEDEAO—, éste podría ser expulsado a Cabo Verde y el país tendría la obligación de readmitirlo. Todo procedimiento de repatriación por parte de Cabo Verde sería, en este caso, autónomo en relación a su obligación de readmitir. De esta manera, la presencia de Cabo Verde en la CEDEAO es beneficiosa, pero lo es más para la Unión Europea. Además, si intentamos abordar el asunto desde una perspectiva más amplia, el modelo de libre circulación regional transforma una población de 500.000 habitantes en un número exponencialmente mayor si se considera el total de habitantes de la comunidad estableci-

(161) De acuerdo con este instrumento jurídico, del cual Cabo Verde es parte, los nacionales de cualquier Estado de la comunidad podrán entrar en el territorio de los otros Estados Miembros por un período máximo de 90 días sin necesidad de visado de entrada [«Protocolo sobre a Livre Circulação de Pessoas, o Direito de Residência e de Estabelecimento», art. 3 (2)]. Aún están pendientes de implementación los derechos de residencia y de establecimiento).

(162) Incluso por parte de Cabo Verde, que sigue exigiendo la comprobación de medios financieros para permitir la entrada en el territorio nacional de nacionales de los países de la comunidad subregional en los términos del artículo 14 (1) de la Ley del extranjero (Decreto-Legislativo 6/97, de 5 de mayo, que regula la situación jurídica del extranjero en el territorio nacional, estableciendo los derechos, garantías y deberes, el régimen de entrada, permanencia y salida, la expulsión y la extradición, así como las tasas, las infracciones y sanciones, *BOCV*, I Serie, n. 17, pp. 314-332), pero que nos parece una aplicación abusiva de la cláusula del Protocolo que permite negar la entrada en los casos de pertenencia de la persona a la categoría de inmigrantes inadmisibles en los términos de sus leyes y reglamentos en vigor («Protocolo sobre a Livre Circulação de Pessoas, o Direito de Residência e de Estabelecimento», art. 4.º).

(163) Este fragmento de la Asociación es un ejemplo de esta perspectiva: «Integración regional: "(…) al tiempo que respeta las particularidades de Cabo Verde, la asociación especial pretende aprovechar su deseo de aproximarse a las RUP y al resto de la UE, intensificando sus relaciones con la subregión del África occidental y en la CEDEAO (…)"» («Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el futuro de las relaciones entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde», 3.5).

(164) *Vid.* del actual Secretario de Estado de las Relaciones Exteriores del Gobierno de Cabo Verde, ROCHA, J.L., «Cape Verde and ECOWAS: the Challenge of Regional Integration», *Portuguese Journal of International Affairs*, n. 4, 2010, p. 7.

(165) *Cfr.* una perspectiva escéptica en AMANTE DA ROSA, M., «A problemática da livre circulação de pessoas e o papel de Cabo Verde na Segurança da Costa Ocidental e da Fronteira Sul da União Europeia», en: CABRAL, I., y FURTADO, C. (ed.), *Os Estados-nações e o desafio da integração regional da África do Oeste: o caso de Cabo Verde*, Praia, s.e., 2008, pp. 127-144.

da en Abuja. Esto también se tiene en cuenta en los casos de discusión de facilitación de visados mediante tratados o incluso en los casos de inclusión o exclusión en las listas más deseadas de la normativa Schengen.

Por lo que respecta a la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (CPLP)(166) (y antes, en el seno de los «Cinco» países africanos de lengua portuguesa), como no existe ningún Derecho general a la libre circulación(167) entre los miembros de esta comunidad cultural, y los esfuerzos en este sentido se circunscriben a la supresión del visado para entidades en desplazamientos oficiales y facilitación de la obtención de visados a determinadas categorías de personas por motivos económicos, culturales y humanitarios(168), la interferencia con la gestión de flujos migratorios Cabo Verde-Unión Europea se ve forzosamente reducida(169). Lo mismo puede decirse de las relaciones bilaterales de movilidad. La mayor parte de los acuerdos negociados por Cabo Verde tienen como finalidad la eliminación de visados para titulares de pasaporte diplomático o de servicio y la facilitación de la atribución de visados a determinadas categorías de personas(170), lo que conduce a efectos imperceptibles. Hay que citar aquí como excepción los casos de Cuba(171), Hong Kong(172) y

(166) *Vid.* «Declaração Constitutiva dos Países de Língua Portuguesa (Lisboa, 17 de Julho de 1996)», aprobada por la Resolución 34/V/96, de 30 de diciembre, *BOCV*, I Série, n. 44, pp. 5-10, y, para una presentación general, CANELAS DE CASTRO, P., «A Comunidade de Países de Língua Portuguesa - Para um Discurso Jurídico sobre a sua Identidade e Programa de Acção», en: *Colóquio de Direito Internacional. Comunidade dos Países de Expressão Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 23-106.

(167) Para una primera lectura, ver artículos compilados en *Estatuto do Cidadão Lusófono*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, e LEITÃO, J., *Estudo sobre Cidadania e Circulação no Espaço da CPLP*, Lisboa, Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, s.d., no publicado (disponible en <http://www.cplp.org/Files/Filer/cplp/cidCirc/Binder1.pdf>, acesso el 8 de octubre de 2011), para desarrollos.

(168) «Acordo sobre o Estabelecimento de Requisitos Comuns Máximos para a Instrução de Processo de Vistos de Curta Duração», aprobado por el Decreto n.º 13/2003, de 22 de diciembre, *BOCV*, I Série, n. 43, pp. 793-794, bien como «Acordo sobre o Estabelecimento de Balcões Específicos de Entrada e Saída para Atendimento de Cidadãos dos Países de Língua Portuguesa», aprobado por el Decreto n.º 14/2003, de 22 de diciembre, *BOCV*, I Série, n. 43, pp. 794-795; «Acordo sobre a Supressão de Vistos em Passaportes Diplomáticos, Especiais e de Serviço entre os Governos Membros dos Países de Língua Oficial Portuguesa (Maputo, 17 de Julio de 2000)», aprobado por el Decreto n.º 3/2001, de 30 de julio, *BOCV*, I Série, n. 23, pp. 318-319; «Acordo sobre a Concessão de Vistos de Múltipla Entrada para Determinadas Categorias de Pessoas», Aprobado por el Decreto n.º 12/2003, de 22 de diciembre, *BOCV*, I Série, n. 43, pp. 792-793; «Acordo sobre a Concessão de Visto Temporário para Tratamento Médico a Cidadãos da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa» (Brasilia, 30 de julio de 2002), Aprobado por el Decreto n.º 15/2003, de 22 de diciembre, *BOCV*, I Série, n. 43, pp. 796-797.

(169) *Cfr.* discusión preliminar en LUCAS PIRES, F., *Schengen y la Comunidad de Países Lusófonos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, y, más recientemente, CANELAS DE CASTRO, P., *op. cit.*, nota 165, pp. 61-80.

(170) «Acordo sobre supressão de vistos em passaportes diplomáticos e de serviço, entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo do Federação da Rússia», Aprobado por el Decreto 8/95, de 29 de Diciembre, BOCV, I Série, n. 45, Suplemento, pp. 1-5.

(171) «Acordo sobre a supressão de vistos, celebrado entre o Governo da República de Cuba e o Governo da República de Cabo verde, assinado em Havana (Cuba), no dia 3 de Junio de 1982», aprobado por el Decreto 79/82, de 28 de agosto, *BOCV*, n. 35, pp. 469-470.

(172) «Acordo relativo à supressão de vistos entre o Governo da República de Cabo Verde e o Governo de Hong-Kong (Hong Kong, 27 de Abril de 1998)», aprobado por el el Decreto n.º 11/98, de 16 de Noviembre, *BOCV*, I Série, n. 42, pp. 597-599.

Angola[173], con los que Cabo Verde mantiene acuerdos de supresión de visados para visitas de corta duración, pero que no representan riesgos similares a los de ciertos miembros de la CEDEAO, especialmente por razón de la distancia (todos), dificultades de salida (Cuba), índices de riqueza (Hong Kong) o de desarrollo reciente (Angola).

IV. EVALUACIÓN: ¿PUEDE CABO VERDE BENEFICIARSE DEL MODELO DE GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS ESTABLECIDO PARA LA ASOCIACIÓN DE MOVILIDAD?

La política trata, ante todo, del arte de sopesar los pros y los contras de un determinado comportamiento o relación, y la política internacional se define intrínsecamente por la consideración de intereses nacionales. El problema de la gestión de flujos migratorios es naturalmente cuestión política, si bien manifiesta además una dimensión jurídica instrumental. Pero lo importante en este momento es determinar si las Islas se pueden beneficiar del modelo en gestación de la gestión de migraciones con la Unión Europea. No hay una respuesta fácil para esta cuestión, en particular porque se desconoce la configuración final de la arquitectura jurídica que le va a servir de soporte, pero hay situaciones potenciales que se presentan complicadas para los intereses de Cabo Verde, particularmente las que implican la celebración del acuerdo de readmisión incluyendo a ciudadanos de terceros Estados y apátridas, los cuales ejercen una presión casi insoportable sobre los países de tránsito que, después, tendrán que desembarazarse de los extranjeros expulsados de otros Estados o quedarse con ellos en su territorio. Ello, unido al refuerzo del sistema local de asilo y a la aplicación concomitante del concepto de Third Safe Countries por diversos países europeos, y además, en otra dimensión, por la obligación de salvación y de aceptación del desembarco de personas salvadas en el mar, se incluyen cargas que, dependiendo de los desarrollos fácticos, podrían suplantar con mucho las ofertas positivas incluidas en el modelo hilvanado en la AdM. Estas cargas, además, no son nada atractivas, teniendo en cuenta las limitaciones de las posibilidades de migraciones circulares para la Unión, la reducida amplitud de beneficiarios de la facilitación de visados o la escasa concretización de los sistemas de co-desarrollo. En el marco actual, a menos que Cabo Verde esté pensando en una asociación mucho más especial que la que ya se ha celebrado y en una relación institucional y legal mucho más cercana a la Unión Europea[174] que la que le otorga su permanencia en el marco de Cotounou, las acciones de la AdM, que aparentemente le son favorables, muy difícilmente compensarán las cargas inmensas que le

(173) «Acordo de Supressão de Vistos entre o Governo da República de Angola e o Governo da República de Cabo Verde (Luanda, 10 de Setembro de 1997)», Aprobado por el Decreto n.º 24/97, de 27 de Octubre, *BOCV*, I Série, n. 41, pp. 565-566.

(174) Como comentan diversos observadores, los Estados que aceptaron tales obligaciones son solamente los que tiene pretensiones concretas de ser admitidos a la Comunidad. *Vid*. TRAUNER, F., «Deconstructing the EU's Routes of Influence in the Justice and Home Affairs in the Western Balkans», en: WOLFF, S.; WICHMANN, N., y MOUNIER, G. (eds.), *op. cit.*, nota 59, p. 65 («The strongest rewards relate to progressive improvement of institutional ties with the EU, with the ultimate goal of full membership»), y LAVENEX, S., y WICHMANN, N., «The External Governance of EU Internal Security», en: *ibid*., pp. 81-100 («The negociation of readmission agreements show despite all difficulties that countries with membership aspirations (Moldova and Ukraine) are more prone to accept external governance by conditionality, in return for limited visa facilitations, whereas the southern Mediterranean countries have hitherto declined the (weak) incentives offered») (p. 91).

esperan si se produjeran nuevos brotes migratorios de África Occidental a las Islas Canarias, con paso por sus aguas o utilizando su territorio como punto de escala.

Además, siempre se podrá discutir si este modelo, que se está desarrollando y que está siendo presentado como una panacea para los problemas generados por las migraciones, tendrá una eficacia real pues parece que, a pesar de la grandilocuencia de las proclamaciones, los textos son relativamente tímidos en la traducción de beneficios reales para los Estados de origen o de tránsito. El mantenimiento, con base en dichas estructuras, de elementos típicos de un paradigma de control, plantea obstáculos para su concretización. El análisis de los textos legales muestra claramente una preocupación mayor por fomentar la cooperación bilateral en la represión de la inmigración irregular que por asegurar canales viables de inmigración regular y movilidad. Y si se limita a incidir sobre la movilidad de «ciertas categorías de personas», que son básicamente parte de la élite económica, administrativa o cultural de los países del Sur, muy poco se resuelve(175), ya que la capacidad de desplazamiento de estas personas, con mayor o menor dificultad, está asegurada. Para el resto de las personas, la inserción de posibilidades de emigración por medio de cuotas limitadas no parece ser la solución, porque la mayoría marginalizada por el sistema siempre vería en los medios clandestinos la única posibilidad de supervivencia.

Estos efectos ya son conocidos y habían sido previstos por los países de recepción, por ello el énfasis conjunto en el apoyo al desarrollo local, en la explotación de la dimensión más ideológica del proyecto, a saber mediante las campañas de información y sensibilización(176), o el recurso excesivo a la humanidad de las soluciones, y, por último, a la represión en los propios Estados de origen y particularmente en los Estados de tránsito. Éstos parecen estar en el centro de todo el mecanismo y pueden ser los cimientos necesarios para que se puedan alcanzar determinados objetivos del sistema, siempre que se compensen adecuadamente, algo que no siempre ha sido así. Los Estados que son predominantemente de tránsito o aquellos cuyos ciudadanos no usan medios arriesgados para migrar (Países del Magreb, Mauritania, Turquía, etc.), podrán tener menos reservas en la prestación de la cooperación solicitada por la Unión toda vez que los objetivos son los extranjeros y no los nacionales, que, a veces, incluso tienen un Derecho fundamental a emigrar.

Cabo Verde puede, justamente, inscribirse en este grupo porque, por un lado, es un país de tránsito y, por otro, a pesar de la persistencia de la emigración, la utilización de medios arriesgados por parte de sus ciudadanos es excepcional. De este modo, la filosofía del sistema de gestión de las migraciones podría ser convergente con los intereses caboverdianos, sin embargo, su concretización material no lo es, pues los incentivos son muy escasos y los costes muy elevados. Si se invirtiese o al menos se equilibrase esta ecuación el país, no teniendo que poner cargas excesivas sobre sus propios ciudadanos, sino sobre aquellos que son «extraños» a la Constitución(177), podría asumir su condición de Guardia de Frontera, que parece ser el destino de los países de tránsito que quedan entre la Unión y el Sur Profundo.

---

(175) TRAUNER, F., y KRUSE, I., *op. cit.*, nota 111, p. 427 [«(…) the main disadvantage is that it separates the population of the target country into two groups - those entitled to the privileges and those who are not»].

(176) PÉCOUD, A., *op. cit.,* nota 92, *passim.*

(177) NEUMANN, G., *Strangers to the Constitution: Immigrants, Borders, and Fundamental Rights*, Princeton, NJ. Princeton University Press, 1996.

IX. EFECTOS DE LA ASOCIACIÓN ESPECIAL EN EL MERCADO LABORAL CABOVERDIANO

SALVADOR VARELA

Prof. Asistente de Derecho del Trabajo, Seguridad Social, Derecho Internacional Privado y Filosofía del Derecho

RESUMEN

Efectos de la asociación especial en el mercado laboral caboverdiano

Como consecuencia de su estratégica localización geográfica, Cabo Verde se beneficia de acuerdos de gestión de flujos migratorios tanto con Europa como con África. Una migración bien gestionada puede traducirse en un beneficio para Cabo Verde y para su mercado de trabajo siempre que se fundamente en la legalidad de la llegada y salida de migrantes, reforzando asimismo la capacidad de integración del inmigrante y la cooperación con los países de origen y basándose en un diálogo abierto en un plano de igualdad. El mercado de trabajo caboverdiano sería el mayor beneficiario de los acuerdos migratorios si las partes cumpliesen efectivamente con los compromisos pactados. En particular, para alcanzar beneficios en el ámbito del mercado de trabajo tanto de la Unión Europea como de Cabo Verde sería necesaria la armonización de las acciones y de la legislación relacionada con el trabajo y la Seguridad Social de tal manera que los trabajadores estuvieran protegidos en situaciones de riesgo de forma uniforme.

Palabras clave: Gestión de migraciones, asociación especial, asociaciones de movilidad, mercado laboral, Cabo Verde, Unión Europea.

ABSTRACT

The effects of the special partnership Cape Verde / European Union labor market in Cape Verde

As a result of its strategic geographical location, Cape Verde benefits from management agreements on migration both with Africa and Europe. A well-managed migration could contribute to the development of the Cape Verdean labor market if it is based on the legality of the arrival and departure of migrants and their integration and considering the cooperation with countries of origin and the open dialogue on an equal footing. The Cape Verdean labor market would be the biggest beneficiary of the migratory agreements if the parties in fact comply with the agreed commitments. In particular, it could be necessary to harmonize the actions and legislation related to labor and Social Security in order to protect migrant workers from eventual risks.

Keywords: Migration management, special partnership, mobility partnership, labor market, Cape Verde, European Union.

SUMARIO

I. ASOCIACIÓN ESPECIAL (AE) Y ASOCIACIÓN PARA LA MOVILIDAD (APM).

II. EL MARCO JURÍDICO NACIONAL SOBRE LA GESTIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS.

1. La Constitución de Cabo Verde, los extranjeros y la migración.

2. Entrada, permanencia, estancia de extranjeros en Cabo Verde.

3. Derecho Penal caboverdiano y migración.
4. Legislación laboral y extranjeros.
5. Legislación de la Seguridad Social y Extranjeros.

A) Ley de bases de la Seguridad Social y legislación complementaria.
B) Internacionalización del DSS.

6. La situación jurídica de los ciudadanos de la CEDEAO en Cabo Verde.
7. La situación jurídica de los ciudadanos lusófonos.
8. La situación jurídica de los ciudadanos europeos.

III. DATOS SOBRE LA INMIGRACIÓN, EMIGRACIÓN Y MERCADO DE TRABAJO.

IV. LA DIMENSIÓN POLÍTICA: EFECTOS DE LA PE EN EL MERCADO LABORAL DE CABO VERDE Y RETOS.

BIBLIOGRAFÍA.

I. ASOCIACIÓN ESPECIAL (AE) Y ASOCIACIÓN PARA LA MOVILIDAD (APM)

En el marco del acuerdo de Cotonou de Noviembre de 2007 de la Asociación Especial (AE) entre Cabo Verde (CV) y la Unión Europea (UE), resultó una **Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre el futuro de las relaciones entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde** dirigida al Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores de la Unión Europea (UE) y al Parlamento Europeo[(1)].

Ésta se basa en el diálogo entre CV y la EU con el objetivo de estudiar la posibilidad de tener un estatuto especial, de integración regional, semejante a la situación con Marruecos desde Octubre de 2008, y también como manera de mejorar la cooperación en el ámbito de las Regiones Ultraperiféricas (RUP). Uno de los objetivos de esa asociación es valorar la vocación de Cabo Verde, en el sentido de un acercamiento a las RUP de la Macaronesia y al resto de la UE, intensificando simultáneamente sus relaciones con la subregión de África Occidental en el ámbito de la CEDEAO (Comunidad Económica de los Estados de África Occidental) y la asociación estratégica en el ámbito de la seguridad y tráficos internacionales.

La AE se asienta en seis pilares: i) buena gobernanza, ii) seguridad y estabilidad, iii) integración regional, iv) transformación y modernización técnica y normativa, v) sociedad del conocimiento y de la información, vi) lucha contra la pobreza y el desarrollo.

La APM se firmó en Junio del 2008 como uno de los pilares de la AE y requiere una cooperación en el ámbito de la Migración y Asilo, entre Cabo Verde y los Estados miem-

(1) Consultar: COM(2007) 641 final, de 2007.

bros de la UE (hasta ese momento, España, Portugal, Francia y Luxemburgo), todavía en fase de negociación. Relación que seguramente tendría en Cabo Verde influencias económicas, culturales, sociales y jurídicas y, en especial, una mejor fiscalización económica, fiscalización de las fronteras entre CV y la UE y una influencia significativa en el mercado de trabajo de Cabo Verde, a causa de la salida de emigrantes y la entrada de inmigrantes trabajadores o inversores.

El balance global realizado hasta el momento es bastante positivo, pero nada práctico, como quedó patente en la última reunión del Grupo Local de Seguimiento (GLS)[(2)] entre la EU y CV, en la ciudad de Praia. Como resultado de esta asociación se realizaron acuerdos bilaterales sobre emigración entre Cabo Verde y Portugal, España, Francia y Luxemburgo que requerirán aún su implementación práctica.

La mayoría de las iniciativas que se inscriben en el marco de esta asociación con Cabo Verde incluyen acciones tales como:

> Gestionar la migración legal; prevenir la migración irregular; favorecer la conexión entre migración y desarrollo; animar a la consecución de una gestión eficaz de la migración de mano de obra; promover el asilo y la protección internacional de los refugiados; proteger el derecho de los migrantes contra la explotación y la exclusión y apoyar la lucha contra el tráfico de seres humanos.

En lo que se refiere al **control de las fronteras,** ya se implementó el sistema PASSE en el aeropuerto de Boa Vista. El proyecto **SNIAC** (Sistema Nacional de Identificación y Autenticación Civil), que tiene como finalidad dotar al país de un sistema de identificación seguro y consistente, ha experimentado grandes avances, a pesar de que no se ha finalizado la introducción de la biometría aplicada a la documentación de los pasajeros.

La elaboración del **Perfil Migratorio de 2009** finalizó en el año 2010 y se podrá actualizar basándose en el nuevo censo del 2010.

En lo que se refiere a la **Gestión de las Fronteras y Movilidad:** las autoridades de Cabo Verde no han escatimado esfuerzos en la activación de diálogos en el ámbito de las migraciones con los países con los que mantiene acuerdos bilaterales en este ámbito, tales como España, Portugal, Luxemburgo y Francia, fundamentalmente en el control y en las patrullas conjuntas.

La implementación de estos acuerdos constituye una de las prioridades nacionales. El pasado día 1 de Junio de 2010 se inauguró y comenzó a operar el **Centro Común de Visados**. Este Centro se concibe como un medio para facilitar el proceso de solicitud y expedición de visados de corta duración para los países que participan. La actividad de dicho Centro ha experimentado mejoras, pero todavía es demasiado burocrática.

El proyecto de **Apoyo al Emigrante en el País de Origen** (CAMPO) ya se llevó a cabo y funciona como un eslabón de unión y de información, con la finalidad última de facilitar la movilidad legal entre CV y la UE.

---

(2) Realizada en la ciudad de Praia, Cabo Verde, el 2 de diciembre de 2009.

El **proyecto DIAS**, cuya fase final se desarrolló en el año 2009, se basa en la colaboración activa de la diáspora en el desarrollo de Cabo Verde, teniendo como objetivo el refuerzo de la capacidad y de las competencias de los profesionales que trabajan en sectores clave para el desarrollo socioeconómico y cultural del país.

II. EL MARCO JURÍDICO NACIONAL SOBRE LA GESTIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS

Hasta el momento, ningún país ha encontrado mecanismos jurídicos suficientes que controlen los flujos migratorios mundiales. Cabo Verde es un país con una situación geográfica que lo convierte en un destino final o transitorio de flujos migratorios, por lo que debe situarse en un plano más dinámico en el tratamiento de la migración, ya sea en lo que se refiere a la inmigración de otros países africanos hacia Cabo Verde y Europa, ya sea de CV hacia Europa.

El marco jurídico caboverdiano sobre la gestión de los flujos migratorios es amplio y, en ciertos aspectos, muy anticuado. Su actualización y modernización están integradas en el IV pilar de la asociación especial entre CV y la EU, por lo que en este análisis ejemplificamos algunos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales de relevancia en este ámbito, y que se refieren fundamentalmente al control y a las condiciones en las que un extranjero puede permanecer en el territorio.

La mayor parte de la normativa interna se aprobó en la década de los 90. Los tratados deben ser asumidos por el Estado o éstos pueden suspender la ejecución de los mismos, pudiendo llegar a alegar especificidades propias del país, o la imposibilidad en el ámbito jurídico.

1. La Constitución de Cabo Verde, los extranjeros y la migración

La Constitución de la República de Cabo Verde (CRCV) reservó algunos artículos al fenómeno migratorio y regula, directa o indirectamente, la situación jurídica de los extranjeros, dando más importancia al ámbito de la emigración, especialmente en su artículo 7.º, apartados g) y l)[3] *«tareas del Estado» apoyar a la comunidad caboverdiana dispersa y garantizar a los extranjeros legales un tratamiento compatible con las normas internacionales,* art. 12.º: *«Recepción de los tratados y acuerdos»;* art. 23.º: *«principio de universalidad»*; art. 24.º: *«principio de igualdad»*; art. 25.º: *«extranjeros y apátridas»*; art. 37.º: «*Expulsión»*; art. 38.º: *«Extradición»*; art. 39.º: *«derecho de asilo»,* y art. 51.º: *«libertad de desplazamiento y emigración».*

Se desprende del artículo 51.º de la CRCV el derecho a emigrar, que únicamente podrá restringirse en los casos previstos en la Constitución[4], como puede ser el caso de

(3) Con la nueva redacción dada por la Ley Constitucional n.º 1/VII/2010, de 3 de mayo.

(4) Doctrina sostenida por GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, Constitución de la República Portuguesa Anotada, 2.º vol., 2.ª ed., Coimbra, 1985, p. 575.

imposición por procedimiento penal, sin perjuicio de las reglas de derecho internacional. Podemos entender la Migración como «cualquier desplazamiento relativamente permanente de personas o grupos hacia localidades significativamente distantes de su lugar de origen o residencia»[5]. De aquí extraemos el fenómeno Inmigratorio y Emigratorio, partiendo de Cabo Verde como punto de referencia.

Con la CRCV y el fenómeno migratorio en Cabo Verde interfieren, por lo tanto, principios tales como la *dignidad de la persona humana* (art. 1.º); el *principio de igualdad* de todos los ciudadanos frente a la ley; el *principio de desarrollo personal*; el *principio de la inviolabilidad de los derechos y libertades fundamentales*; el principio *de la responsabilidad del Estado* y demás entidades públicas; el *principio de la tutela de los derechos, libertades y garantías fundamentales*; el *principio de acceso a la justicia*; el *principio de universalidad*; el *principio de igualdad* entre nacionales, extranjeros y apátridas y el principio de la aplicabilidad directa de los derechos, libertades y garantías.

Para el ordenamiento jurídico de cualquier Estado, es extranjero *todo individuo que no sea nacional, independientemente de que posea la ciudadanía de uno u otro Estado, y aunque no exista entre él y cualquier Estado un vínculo de ciudadanía (siendo por esta razón apátrida)*[6]. Por un lado, es unánime el reconocimiento de la personalidad jurídica de los extranjeros, es un principio del derecho internacional general pero, por otro lado, no se puede imponer a los Estados la apertura de su territorio a los extranjeros o impedirles y limitarles la entrada, permanencia, u ordenar salidas, desde que no sean arbitrarias.

Nuestra Constitución, además de consagrar el principio del respeto por la dignidad del ser humano, consagra el *principio de la equiparación* entre nacionales, extranjeros y apátridas en su artículo 25.º, con la excepción de algunos derechos políticos y derechos y deberes que quedan reservados a los ciudadanos nacionales, a saber: función pública de carácter no técnico, con un régimen especial para los ciudadanos de los países de lengua oficial portuguesa (CPLP), éste es el caso de lo que sucede entre los de CV y PT, que pueden ejercer funciones no admitidas para los extranjeros en general.

Los extranjeros que estén legalmente autorizados a residir en el país sólo pueden ser expulsados por decisión judicial (art. 37.º, n.º 2), y tienen el derecho a salir y entrar libremente en el territorio nacional, así como a emigrar (art. 51.º, n.º 1). Es decir, a pesar de ser un extranjero en Cabo Verde se tiene ese derecho, y sólo por decisión judicial ese derecho podrá sufrir restricciones, según lo dispuesto en el n.º 2, protegiendo de cierta manera la libertad de circulación, ya sea inmigrando o emigrando, cuestión que también queda patente en el artículo 13.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Esa supuesta discriminación no está prohibida por el derecho internacional, pero el Estado debe asegurar al extranjero un *standard* mínimo de derechos cuya definición y extensión no se hallan, por cierto, en dependencia de la que se haya establecido para sus ciudadanos. Tratándose de normas integradas en el capítulo de los derechos, libertades y

(5) Según establece la ONU, ese desplazamiento deberá tener por lo menos una duración de 1 año, para permitir su distinción con el turismo ocasional.

(6) RAMOS, R. M. Moura, enciclopedia POLIS, Verbo, 2.º vol., p. 1162, 1987.

garantías individuales, se benefician del principio de aplicabilidad directa consagrado en el art.º 18.º de la CRCV.

El marco de protección de los extranjeros, impulsado con la Revolución Francesa, pasó a formar parte de la mayoría de los Estados y también de distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, a saber la DUDH, la Convención relativa al Estatuto de apátridas de 1954 y la Convención relativa al Estatuto de los refugiados de 1950, ambas resultantes de la iniciativa de la ONU.

En el ámbito internacional, la igualdad de tratamiento encontró expresión en la *Convención n.º 19 de la OIT sobre igualdad de trato entre extranjeros y nacionales en lo referente a la reparación de accidentes de trabajo,* ratificada por Cabo Verde el 18-2-87; *Convención n.º 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y femenina en trabajos de igual valor*, ratificada el 16-10-79; *Convención n.º 111 de la OIT sobre discriminación en materia de empleo y de profesión:* ratificada el 3-4-79, la *Convención n.º 118 de la OIT sobre igualdad de trato en la seguridad social entre nacionales y no nacionales,* ratificada por Cabo Verde el 8-7-87; y la *Convención internacional de las Naciones Unidas sobre el trato a trabajadores migrantes de 1990*, ratificada por Cabo Verde en 1997.

En el ámbito de las relaciones bilaterales con los demás Estados, el ordenamiento jurídico de Cabo Verde garantiza a los extranjeros, no sólo el derecho fundamental a la vida en igualdad, como lo sería para sus ciudadanos (art.º 24.º[7] de la CRCV), sino que prohíbe la extradición de extranjeros con riesgo de ser condenados a muerte (art.º 38.º n.º 1 CRCV), de la misma manera garantiza el asilo a los extranjeros y apátridas perseguidos por motivos políticos, o amenazados seriamente de persecución en virtud de su actividad en pro de la liberación nacional, de la democracia, o del respeto por los derechos humanos (art.º 39.º CR).

La Ley sobre la Organización Política del Estado —LOPE, de 5 de Julio de 1975— no adoptó ninguna disposición específica sobre trabajo de extranjeros. Abogó por mantener vigente toda la legislación que no fuese contraria a la Soberanía Nacional, a las demás leyes de la República, a los principios y objetivos del PAIGC y a sí misma (art. 22.º, LOPE)[8], por lo que, en el ámbito del Derecho del Trabajo, no se ha verificado ninguna modificación en relación a la legislación vigente hasta la fecha de la Independencia Nacional. De esta manera, sería necesario esperar a la publicación de la Constitución de la República, promulgada el 7 de octubre de 1980, cuyos arts. 35.º y 36.º dedicaban seis apartados a la asignatura de Derecho del Trabajo.

---

(7) Hay que destacar que la norma del art. 24.º de la CR es de aplicabilidad inmediata y no integra el círculo de reserva constitucional a favor de sus ciudadanos. Esta característica particular adquiere especial importancia frente a la problemática de las normas constitucionales inconstitucionales (verfassungswidrige Verfassunfsnormen). La posibilidad de la existencia de normas de esta naturaleza implica, como consecuencia natural, la imposibilidad de restricciones constitucionales a la hora de reconocer a los extranjeros determinados derechos fundamentales. Para una síntesis de la posición de la doctrina jurídica portuguesa frente a la posibilidad de la existencia de normas de esta naturaleza, consultar Jorge Barcelar GOUVEIA, O Estado de Excepção..., vol. II, pp. 1463 y siguientes y, en particular, 1484 y siguientes.

(8) Sobre el alcance de esta norma, cfr. Geraldo da Cruz ALMEIDA, Código da Terra, nota introdutória, Livraria Saber, Praia, 2002.

El trabajo de los extranjeros se garantizaba asimismo en la CRCV basándolo en la reciprocidad, salvo en lo referente a la función pública, cuyo ejercicio estaba permitido a los extranjeros únicamente cuando las funciones a desempeñar tuvieran un carácter eminentemente técnico (art. 26.º). Con carácter programático, la Constitución imponía al Estado el objetivo de alcanzar el pleno empleo (art. 36.º, n.º 2).

De todas estas disposiciones el derecho internacional, tanto el general como el común y el convencional, se encuentra por encima de la legislación ordinaria en un plano de jerarquía de las leyes por lo que, una vez aprobados y ratificados, la ley ordinaria les debe obediencia.

2. Entrada, permanencia, estancia de extranjeros en Cabo Verde

En este contexto conviene mencionar el **Decreto Legislativo n.º 6/97, de 5 de Mayo** —Régimen jurídico de la situación del ciudadano extranjero en el territorio nacional—, que define extranjero como «aquél que no posee la nacionalidad caboverdiana» (artículo 2.º, apartado a); el mismo concepto plasmado en la Constitución y legislación laboral (artículo 276.º, n.º 1). Cualquier ciudadano legalmente residente o que se encuentre legalmente en Cabo Verde tiene el derecho de libertad de circulación pudiendo, de esta manera, emigrar a países terceros en igualdad de condiciones que un nacional (artículo 7.º) y gozar de los mismos derechos que un nacional, desde que sea residente o esté en CV (artículo 5.º).

Desde un punto de vista práctico, existen facilidades que permiten a cualquier extranjero entrar legalmente en Cabo Verde sin tener que pedir previamente un visado, ya que la legislación de Cabo Verde admite la entrada en el país de cualquier extranjero, desde que presente el billete de avión de entrada y de salida y pruebe que tiene medios económicos suficientes que le permiten subsistir en el país durante su permanencia. Para ello, se adquirirá el visado de entrada (visado de turismo), que tendrá una duración de 90 días (art. 56.º de la referida legislación), en el momento de entrada en el territorio.

Además del visado de turismo también se pueden conceder visados de tránsito, temporal, de residencia, oficial, diplomático y de cortesía (art. 28.º, n.º 1). En cuanto al marco jurídico sobre la obtención de la nacionalidad (Ley n.º 80/III/90, de 29 de Junio), un extranjero podrá adquirir la nacionalidad por matrimonio (artículo 9.º), por filiación (artículo 10.º), por adopción (artículo 11.º) y por naturalización (artículo 12.º), prevaleciendo siempre el vínculo territorial (*ius soli*).

En Cabo Verde, como vimos, hay distintas maneras de regular la entrada de extranjeros, esto podrá traducirse en la posibilidad de la emigración laboral, legal o ilegal, que viene facilitada por un lado por las características geográficas del país y, por otro lado, por los escasos recursos humanos y técnicos de control de las fronteras. En general, se admite la entrada de extranjeros con visado; únicamente en algunos se admite a extranjeros exentos de visados (lusófonos, CEDEAO, acuerdos bilaterales, como el existente con Senegal) pero en ningún caso para estancias superiores a 90 días.

3. Derecho Penal caboverdiano y migración

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto sobre la situación jurídica de los extranjeros en Cabo Verde, existe una cuestión común en los marcos jurídicos internos si los comparamos a los de los países europeos[9]: la preocupación de controlar y restringir los flujos migratorios, en el ámbito de la inmigración ilegal.

Cabo Verde prevé la posibilidad de salida de los extranjeros de manera voluntaria o coactiva, en el caso de que se rechace su entrada, por una decisión administrativa o judicial[10]. En lo referente a la decisión judicial, se prevé la posibilidad de expulsión de extranjeros que hubieran cometido un delito susceptible de ser castigado con pena de prisión, cuyo límite máximo fuera superior a 2 años. Por otra parte, no se prevé ninguna penalización por la entrada ilegal, aunque sí está prevista la expulsión administrativa o judicial[11] y la extradición en el procedimiento penal (artículo 88.º Decreto Legislativo n.º 6/97, de 5 de Mayo). Consideramos que se trata de una decisión del legislador el hecho de no caracterizar la simple entrada irregular como un delito, teniendo en cuenta que existen, por otro parte, medios procesales administrativos para hacer frente a la entrada ilegal en el país.

El razonamiento anterior entra en contradicción con la opción que ha elegido Portugal, ya que la opción contraria al supuesto anterior sería considerar al inmigrante ilegal como un delincuente, no se le trataría de la misma manera que a un extranjero legal ya que se le expulsaría inmediatamente, en cambio, los extranjeros legales pueden cumplir la pena de prisión[12]. Mientras que el acervo normativo español transmite la sensación de que la primera preocupación es defender la mano de obra nacional, de manera que los trabajos llevados a cabo por los extranjeros serían aquellos que los ciudadanos no desean realizar[13], esta situación hace que los extranjeros sean vistos como un problema y no como un factor de desarrollo.

La propia UE en su Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea olvidó en parte los derechos de las personas inmigrantes no comunitarias que, por otro lado, era de esperar, teniendo en cuenta la filosofía de cierre de las fronteras, como demuestran las diferentes Directivas sobre asilo, reagrupación familiar y acuerdos de readmisión, entre otras.

4. Legislación laboral y extranjeros

El nuevo Código Laboral de Cabo Verde (CLCV) surge tras diversos cambios legislativos que tuvieron lugar a raíz de la Independencia Nacional, lo que posibilitó una serie de revisiones de la Normativa Legislativa 1330, de 9 de Febrero de 1957. Sin embargo, su

(9) A saber, España, en la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social.

(10) Artículo 63.º, n.º 2, del Decreto Legislativo n.º 6/97, de 5 de Mayo.

(11) Artículo 68.º, n.º 3, apartado a), del Decreto Legislativo n.º 6/97, de 5 de mayo.

(12) SOUTO GARCIA, E.M., en Derecho penal de excepción, terrorismo e inmigración, pp. 292 y 309, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

(13) *Idem*: p. 290.

reforma de fondo únicamente tendría lugar con el Decreto-Ley n.º 62/87, de 30 de Junio, que lo revocó íntegramente aprobando un *Régimen Jurídico General de las Relaciones de Trabajo*. Este Régimen fue el que sirvió de base para la reforma legislativa iniciada en 2001 y permitió que surgiera el Código Laboral caboverdiano aprobado por el Decreto Legislativo n.º 07/2007, de 16 de Octubre.

Si bien la Normativa Legislativa 1330, de 9 de Febrero, fue revocada, lo cierto es que todavía existen varias leyes anteriores a la Independencia Nacional. El propio Decreto-Ley 62/87, de 30 de Junio, fue objeto de dos modificaciones fundamentales, una de ellas desencadenada por el DL n.º 51-A/89, de 26 de Junio, y otra por la Ley n.º 101/IV/93, de 31 de Diciembre. Sin embargo, éstas siguen siendo insuficientes.

Había diversos ámbitos no regulados como puede ser el *trabajo de extranjeros*, actualmente en el Libro II; el de los contratos en especial, entre los cuales fue regulado *el trabajo de los extranjeros*, del artículo 276.º al 285.º, que define genéricamente las condiciones para que un extranjero pueda desarrollar un trabajo en Cabo Verde, pero están claramente necesitados de una regulación posterior.

Sin embargo, antes de proseguir, conviene situar el concepto de trabajo de extranjeros previsto en el CLCV y el fundamento axiológico de esas modificaciones. En primer lugar, se da más valor al hombre por el esfuerzo de su trabajo como consecuencia de la internacionalización del trabajo, teniendo en cuenta que la economía de CV ha crecido, se ha vuelto más exigente y los inversores y trabajadores están interesados en Cabo Verde para invertir y trabajar. Por esta razón, es necesario que a nivel interno Cabo Verde haga un seguimiento de estas modificaciones, a saber, con respuestas adecuadas en el marco jurídico-laboral y con la asociación especial entre CV y la UE, esta realidad sufrirá modificaciones profundas en el mercado laboral de Cabo Verde y también en la UE.

El CLCV define *el trabajo extranjero como: la actividad intelectual o manual ejecutada por quien no tenga la nacionalidad caboverdiana (artículo 276.º)*. En segundo lugar, como ya se citó, el principio de igualdad postulado en el artículo 24.º de la CRCV y el artículo 25.º permite a los extranjeros ejercer funciones públicas de carácter predominantemente técnico, en los términos que establece la ley, con un régimen especial para los ciudadanos de la CPLP, a saber, la posibilidad de que la ley atribuya la capacidad electoral activa y pasiva a los órganos titulares de los ayuntamientos, a semejanza de lo que establece la Constitución Portuguesa en su artículo 15.º, n.º 4.

El CLCV definió las condiciones en las que los extranjeros podían trabajar en Cabo Verde. Con anterioridad a este documento, no había legislación específica que regulara esta cuestión, sólo existía cierta normativa dispersa referida a ciertos sectores de actividad, como por ejemplo al sector de la aviación civil: el Código Aeronáutico ya permitía que las empresas operadoras contratasen extranjeros para determinadas funciones, durante un determinado período específico, en casos fundamentados.

Llegados a este punto, ¿cuáles serían las condiciones para que un extranjero pueda trabajar en Cabo Verde?

Con respecto a esta cuestión el artículo 280.º del CL siguió la misma formulación que la Constitución, «residan o se encuentren» (artículo 25.º, n.º 1). En cuanto a la residencia

en Cabo Verde, existe una legislación ordinaria que define el por qué, el cuándo y el cómo un extranjero puede ser considerado residente. La duda surge con la expresión *estar en Cabo Verde*. Por esta razón, entendemos que en este caso no existe ningún vacío legislativo, debiendo entenderse todas las otras situaciones que, no siendo residencia, están permitidas por la ley(14), según establece el artículo 280.º del CL. Esto quiere decir que deben estar en situación legal, según establece el Decreto Legislativo n.º 06/97, de 5 de Mayo, que regula la entrada, permanencia y residencia de los extranjeros en CV.

La cuestión es residir o estar en Cabo Verde, aunque se haga con visados temporales, independientemente de que éstos sean de estudio, turismo, oficiales o diplomáticos. Asimismo, estos visados pueden prorrogarse para poder tratar posteriormente la cuestión de la residencia, aunque entendemos que la residencia no es obligatoria, si se puede trabajar con un visado (artículo 285.º del CLCV). En los casos en que se trate de un extranjero con distintas nacionalidades, siendo una de ellas la caboverdiana, debe ser considerado caboverdiano (artículo 276.º, n.º 3, del CLCV), y en el caso de que existan varias nacionalidades extranjeras prevalecerá la nacionalidad del país cuya legislación ofreciera más protección.

La consecuencia prevista en el artículo 277.º del CLCV es que todas las restricciones o condiciones impuestas por los artículos 276.º al 285.º, establecidos en la misma normativa, para que un extranjero pueda trabajar en Cabo Verde, no se aplicarían en el caso de que en su país de origen reconocieran a los caboverdianos condiciones más favorables. Cuestión con la que no estoy de acuerdo, ya que si se diera el caso esto implicaría que existe un régimen más favorable, de aplicación indirecta, y únicamente en condiciones de reciprocidad. De esta manera, si los caboverdianos tuvieran menos restricciones en un país tercero sería razonable que los nacionales de ese otro país tuvieran el mismo trato en Cabo Verde.

La normativa sobre el trabajo de extranjeros y apátridas persigue un objetivo de interés público: el control de la legalidad de la situación e, indirectamente, de las condiciones de permanencia de los extranjeros en el país(15). De lo anterior se deriva la exigencia de la intervención de entidades administrativas competentes.

5. Legislación de la Seguridad Social y Extranjeros

La legislación interna e internacional en el ámbito de la Seguridad Social en Cabo Verde es amplia, aunque está un poco dispersa; esto es así al tratarse de una realidad jurídica que se ha sistematizado recientemente.

La CRCV, como ley fundamental y primera fuente de derecho de la Seguridad Social, regula específicamente el derecho a la Seguridad Social en su artículo 70.º, en el título III (Derechos y Deberes Económicos, Sociales y Culturales), vinculada a otros artículos importantes, como pueden ser: el artículo 12.º (recepción de los tratados y acuerdos en el ordenamiento jurídico interno); el artículo 17.º (ámbito y sentido de los derechos, libertades

(14) Como, por ejemplo, apátridas, permanencia temporal.

(15) En este sentido, Maria do Rosário PALMA RAMALHO, Derecho del Trabajo, parte II, Situaciones laborales individuales, Almedina, 3.ª edición, 2010, p. 395.

y garantías); el artículo 18.º (fuerza jurídica) —en este último se consagra el principio de la aplicabilidad directa de las normas relativas a los DLG (Derechos Libertades y Garantías)—; el artículo 23.º (Principio de universalidad) y el 24.º (principio de igualdad).

Con la autonomía y la consagración, con carácter universal, del Derecho de la Seguridad Social, nuestra CRCV, marcada por una gran preocupación social, pretende asegurar la protección social de *todos* los miembros de la comunidad. Éste es uno de los principios consagrados en el artículo 70.º, n.º 1, de la CRCV. Su efectividad, plasmada en la CRCV, aún no se ha materializado del todo, ya que depende en gran escala de la concretización por parte del legislador ordinario, en función de los recursos disponibles, del programa constitucional y del cumplimiento por parte del Estado de la organización, coordinación, incentivos y subvenciones del sistema de la Seguridad Social.

Al tratarse de un derecho social al que, en principio, no se aplica el régimen de Derechos, Libertades y Garantías (DLG) es, en realidad, una estructura análoga a la anterior, ya que actualmente los derechos sociales incluyen un contenido esencial de aplicación directa(16). Esta cuestión también encuentra cobertura en nuestra CRCV en su artículo 17.º, que acepta la consagración de los DLG no previstos en la CRCV por las leyes o convenciones internacionales, en particular la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros.

En base al principio general de equiparación, consagrado en el artículo 25.º de la CRCV, además de los principios constitucionales ya consagrados, el derecho a la Seguridad Social no es aplicable únicamente a los ciudadanos caboverdianos, abarcando también a los extranjeros y a los apátridas que se *encuentren y residan* en Cabo Verde. Asimismo, se desprende específicamente del artículo 70.º, n.º 1, de la CRCV, el principio de la Universalidad en su expresión «todos tienen derecho a la Seguridad Social», en relación a la naturaleza pública del sistema, competiéndole al Estado cumplir dichos límites y establecer el ámbito material de protección, es decir, el conjunto ejemplificativo de las vulnerabilidades que deberán ser protegidas.

A) Ley de bases de la Seguridad Social y legislación complementaria

El marco jurídico de la Seguridad Social en Cabo Verde es amplio, reciente y disperso, no existiendo todavía un Código de la Seguridad Social. Por este motivo, nos centraremos en la legislación principal, donde encontramos principios o reglas de protección para los extranjeros.

En primer lugar, la Ley n.º 131/V/2001, de 22 de Enero, que define las bases de la Seguridad Social, en su artículo 6.º relaciona siete principios básicos que debe respetar la protección social (*Principios de universalidad, de igualdad, de solidaridad, de responsabilidad del Estado, de adecuación, de participación y de concertación social*). Con las innovaciones, al trazar en términos generales el concepto de cada uno de estos principios, hay que destacar el principio de igualdad, que consiste en la «igualdad de trato

(16) En este sentido v. Jorge MIRANDA; Rui MEDEIROS, Constitución portuguesa anotada, Tomo I, Coimbra, 2005, p. 634.

en situaciones iguales, a través de la eliminación de cualquier discriminación, a saber, por razón de sexo, religión, nacionalidad, sin perjuicio de la condición de residencia y de lo dispuesto en convenciones que vinculen al Estado de Cabo Verde».

Se consagra, por otro lado, la posibilidad de que el Estado promueva la celebración o adhesión a tratados de manera que garantice, en régimen de reciprocidad, los derechos de los caboverdianos emigrados, los derechos adquiridos o aquellos en formación. A semejanza de los países de tradición jurídica romano-germánica, en este caso, también podemos afirmar que el sistema de protección social de CV se asienta en 2 regímenes (contributivo y no contributivo[17]), que pueden a su vez subdividirse en subregímenes, todos ellos aplicables también a los extranjeros.

Como régimen básico que engloba a la mayoría de los trabajadores caboverdianos, destacamos, principalmente, el Decreto-Ley n.º 5/2004, de 16 de Febrero, como régimen general y mayor regulación[18], y el Decreto-Ley n.º 48/09, de 23 de Noviembre[19].

Desde el punto de vista de la protección, se deduce de la lectura del régimen general[20] que sirve de base para otros regímenes, y en concreto de su artículo 2.º, la protección de todos los extranjeros que trabajen en Cabo Verde, aunque sea temporalmente. Esta universalidad de tratamiento tiene que ser interpretada en consonancia con lo dispuesto en el artículo 6.º, apartado b) de la ley de bases de la Seguridad Social[21], siendo siempre exigida la residencia legal en Cabo Verde, que debe entenderse en sentido amplio, incluyendo, así, cualquier título válido de residencia en Cabo Verde.

B) Internacionalización del DSS

La internacionalización de la Seguridad Social fue una consecuencia lógica del desplazamiento de personas, que obligó a los Estados a pensar en medidas adecuadas para enmarcar normativamente estos movimientos que se tradujeron en flujos de trabajadores. En el contexto de la asociación especial, la internacionalización significaría la articulación internacional y un ajuste mutuo, para una mayor eficacia de la protección y control.

En el ámbito de las Naciones Unidas destaca la DUDH, aprobada el 10 de Diciembre de 1948, que expresa de forma clara la garantía de la protección social de las personas (artículos 22.º y 25.º) y consagra el derecho de todos a tener una protección social y derecho (...) a la asistencia médica, servicios sociales y protección en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros, respectivamente. A su vez, el pacto internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966, retoma en su artículo 9.º la definición, constante en

(17) Aunque indirectamente, en el artículo 1.º de la Ley de bases de la Seguridad Social de Cabo Verde. Consultar Ilidio DAS NEVES, Direito da Segurança Social-princípios fundamentais numa análise prospectiva, Coimbra, 1996, p. 669.

(18) Que regula el régimen de protección social de los trabajadores por cuenta ajena, modificado por el Decreto-Ley n.º 50/09, de 30 de noviembre.

(19) Que regula el régimen de protección social de los trabajadores independientes.

(20) Se refiere al régimen de protección de los trabajadores por cuenta ajena.

(21) Ley n.º 131/V/2001, de 22 de enero.

la DUDH, de que «los Estados reconocen el derecho de cualquier persona a la Seguridad Social».

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) surgió desde el principio la preocupación por los problemas específicos de la protección social, estando en ese momento muy vinculados al Derecho del Trabajo.

El gran salto se produjo con la *Convención n.º 102,* adoptada por la 35.º conferencia celebrada el 28 de Junio de 1952. Se trata también de un contenido que incluye esta cuestión y que se considera fundamental, con 4 grupos de materias que establecen sus orientaciones correspondientes: *la lista de las eventualidades* en que se basa la protección social (enfermedad, maternidad, obligaciones familiares, desempleo, salud, invalidez, vejez, muerte, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales); las *reglas de financiación y administración*; la caracterización de *personas abarcadas*; y los *niveles mínimos* a respetar en la fijación de los valores de las prestaciones.

A nivel regional, destaca la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, ratificada en Cabo Verde por la Ley n.º 12/III/86, de 31 de Diciembre. A nivel bilateral, Cabo Verde ratificó acuerdos en materia de Seguridad Social con Portugal, Brasil, Luxemburgo, Senegal, Suecia, Italia y Países Bajos.

Como conclusión, los instrumentos internacionales, según se desprende de los textos, consisten en regulaciones genéricas, de naturaleza conceptual y programática. A partir de aquí, se da un gran margen de maniobra a la legislación interna de los Estados que también han contribuido de manera decisiva al dominio político internacional, mediante la introducción de reformas en los regímenes de la Seguridad Social.

6. La situación jurídica de los ciudadanos de la CEDEAO en Cabo Verde

La situación de los ciudadanos de la CEDEAO se basa en el principio de la libre circulación, pero deben residir en Cabo Verde y, posteriormente, obtener la residencia. Si estuvieran legalmente en CV y sin autorización de residencia podrán trabajar, y bastará con probar que tienen los medios suficientes para subsistir.

En el artículo 59.º del Tratado de 1975[22], modificado en Junio de 1993, en Cotonou, se regula la inmigración; si lo relacionamos con el artículo 1.º, se muestra que el objetivo principal de una organización de integración es el presupuesto de la libre circulación de personas y bienes. Destaca la Resolución n.º 151/V/99, de 28 de Diciembre, que procede a la Ratificación de la Convención sobre la libre circulación y establecimiento de personas y bienes entre los Gobiernos de Cabo Verde y de Senegal.

El Tratado reserva un artículo especial para países insulares (artículo 68.º), siendo Cabo Verde, hasta ahora, el único caso.

(22) Fecha de creación de la CEDEAO.

7. La situación jurídica de los ciudadanos lusófonos

La CPLP (Comunidad de Países de Lengua Oficial Portuguesa) creada en 1996 se refiere al Estatuto de ciudadanos lusófonos (Ley n.º 36/V/97, de 25 de Agosto), es decir, los nacionales de Estados miembros de la CPLP (Angola, Cabo Verde, Guinea Bissau, Mozambique, Brasil, Portugal, Timor Oriental y Santo Tomé y Príncipe) pueden entrar en el territorio caboverdiano, mediante la obtención de un visado en puertos y aeropuertos (artigo 6.º, n.º 2) es decir, pueden entrar en el territorio, obteniendo el visado en el momento de la entrada, aunque no estén domiciliados en Cabo Verde, incluyendo hombres de negocios y titulares de pasaportes comunes (n.os 3 y 4).

También se da la posibilidad, a los descendientes nacidos en Cabo Verde, de adquirir la nacionalidad, así como el derecho electoral, activo y pasivo, y el derecho a la reagrupación familiar. Otra referencia muy importante es la Ley n.º 36/V97, de 25 de Agosto, que define el estatuto del ciudadano lusófono y establece que, en condiciones de reciprocidad, los extranjeros tienen los mismos derechos que un caboverdiano, con excepción del acceso a cargos de soberanía. Por lo tanto, se trata de un régimen especial que Cabo Verde adoptó tras la institución de la comunidad de los países de lengua oficial portuguesa.

Conviene mencionar aquí la existencia de algunas voces de apoyo a la institución de la libre circulación entre los países miembros que, de acuerdo con su secretario ejecutivo, el Sr. Domingos Simões Pereira, tras 15 años desde la creación del grupo de los Acuerdos de Brasilia que declaraban la intención de crear un espacio abierto a la circulación de los ciudadanos de la CPLP, esto sigue siendo «papel mojado».

8. La situación jurídica de los ciudadanos europeos

Con respecto a los ciudadanos europeos, el régimen aplicable y el régimen general de entrada en el territorio caboverdiano, previsto en el Decreto Legislativo n.º 06/97 de 5 de Mayo, establece que es posible obtener el visado en el momento de entrada, sin cualquier proceso previo, sin perjuicio de los acuerdos bilaterales sobre la movilidad existente con Cabo Verde. Cabe destacar la importancia de los acuerdos bilaterales sobre la movilidad con ciertos países europeos[23], a saber:

— Protocolo entre la República de Cabo Verde y la República de Portugal sobre la Emigración Temporal de Trabajadores caboverdianos para la Prestación de Trabajo en Portugal[24].

— El día 20 de Marzo de 2007 se celebró el Acuerdo Marco de Cooperación en Materia de Inmigración entre la República de Cabo Verde y el Reino de España.

(23) Entre ellos: España, Portugal, Francia, Luxemburgo, pero todavía sin avances concretos.

(24) Firmado en Praia, 18 de Febrero de 1997, aprobado por el Decreto n.º 7/97, de 14 de abril, Boletín Oficial de la República de Cabo Verde, I Serie, n. 14, 14 de abril de 1997.

— Acuerdo sobre el Establecimiento de Requisitos Comunes Máximos para la Instrucción de Procesos de Visados de Corta Duración, aprobado por el Decreto n.º 13/2003, de 22 de diciembre, *Boletín Oficial de la República de Cabo Verde*, I Serie, n.º 43, 22 de diciembre de 2003, pp. 793-794, así como el «Acuerdo sobre el Establecimiento de Mostradores Específicos de Entrada y Salida para la Atención de los Ciudadanos de los Países de Lengua Portuguesa», aprobado por el Decreto n.º 14/2003, de 22 de Diciembre, *Boletín Oficial de la República de Cabo Verde*, I Serie, n. 43, 22 de diciembre de 2003, pp. 794-795, Portugal y CPLP.

— Acuerdo sobre la Supresión de Visados en Pasaportes Diplomáticos, Especiales y de Servicio entre los Gobiernos Miembros de los Países de Lengua Oficial Portuguesa (Maputo, 17 de julio de 2000), aprobado por el Decreto n.º 3/2001, de 30 de julio, *Boletín Oficial.*

— Acuerdo sobre la Concesión de Visados de Múltiple Entrada para Determinadas Categorías de Personas, aprobado por el Decreto n.º 12/2003, de 22 de diciembre, Boletín Oficial de la República de Cabo Verde, I Serie, n.º 43, 22 de diciembre 2003.

III. DATOS SOBRE LA INMIGRACIÓN, EMIGRACIÓN Y MERCADO DE TRABAJO

En base a los datos de la OIM[25], aproximadamente 200 millones de personas viven fuera de su país de origen, pasando así de los 150 millones del 2000 a los 214 millones en el 2014, lo que equivaldría a una media de 1 de cada 33 personas.

Los datos actuales del censo de 2010 con respecto a la residencia efectiva en Cabo Verde indican lo siguiente: Residentes presentes: 484.437 —98,5%—; Residentes ausentes: 7.246 —1,5%—; Población sin techo: 192 —0,0%—, lo que hace un TOTAL de 491.875 —100% del número de habitantes—.

EMIGRANTES

Los datos[26] de 1998 apuntan a 518.180[27] emigrantes, dato que sostiene la tesis de que la población residente ha sido superada por la que se encuentra en el extranjero. Estos datos aún no se hallan disponibles en el censo de 2010.

(25) Datos de la United Nations Department of Economic and Social Affairs (UNDESA).

(26) INE, IC y BCV y antiguo IAPE (Instituto de Apoyo al Emigrante).

(27) Estados Unidos, 264.900 (51,12%), Portugal, 80.000 (15,44%), Angola, 45.000 (8,68%), Francia, 25.000 (4,82%), Senegal, 25.000 (4,82%), Santo Tomé y Príncipe, 20.000 (3,86%), Holanda, 16.580 (3,20%), España, 12.000 (2,32%), Italia, 10.000 (1,93%), Argentina, 5.200 (1,00%), Brasil, 3.000 (0,58%), Luxemburgo, 3.000 (0,58%), Suiza, 2.400 (0,46%), Guinea-Bissau, 2.000 (0,39%), Mozambique, 1.000 (0,19%), Bélgica, 800 (0,15%), Alemania, 800 (0,15%), Suecia, 700 (0,14%), Canadá 300 (0,06%), Noruega 300 (0,06%) y Gabón 200 (0,04%).

CUADRO 1. NÚMERO DE PERSONAS QUE EMIGRARON, POR SEXO, SEGÚN LOS MUNICIPIOS, EN LOS ÚLTIMOS 5 AÑOS. CENSO DE 2010

Municipio	SEXO DEL EMIGRANTE		Total
	Masculino	Femenino	
Ribeira Grande	198	315	513
Paul	70	96	166
Porto Novo	188	237	425
S. Vicente	1.162	1.614	2.776
Ribeira Brava	95	150	245
Tarrafal de S. Nicolau	86	85	171
Sal	251	285	536
Boavista	77	55	132
Maio	70	78	148
Tarrafal	718	712	1.430
Santa Catarina	918	976	1.894
Santa Cruz	549	626	1.175
Praia	2.293	2.627	4.920
S. Domingos	152	190	342
Calheta de S. Miguel	394	462	856
S. Salvador do Mundo	188	194	382
S. Lourenço dos Órgãos	124	129	253
Ribeira Grande de Santiago	216	179	395
Mosteiros	272	276	548
S. Filipe	494	510	1.004
Santa Catarina do Fogo	133	161	294
Brava	118	152	270
Total	**8.766**	**10.109**	**18.875**

Fuente: INE, Septiembre de 2011

INMIGRACIÓN

De un país de emigrantes, Cabo Verde pasó a ser también, en las últimas décadas, un espacio de atracción de inmigrantes, oriundos principalmente de los países occidentales de África Occidental, pero también de Europa y de Asia. El Censo de 2010[28] revela que de los 491.875 individuos censados en todo el país entre el 16 y el 30 de Junio de ese año, 14.373 son extranjeros, lo que corresponde al 2,9% de la población total del país.

(28) Portal del Instituto Nacional da Estadística (<www.ine.cv>).

Existen, igualmente, 8.116 personas con doble nacionalidad, que constituyen el 1,7% de la población, y 115 apátridas, además de 592 residentes sin estatuto definido. En total, el número de individuos, en las condiciones anteriormente descritas, es de 23.196, es decir, el 4,7% de la población. La distribución de la comunidad extranjera residente en Cabo Verde, de acuerdo con el origen continental de los individuos, muestra que los africanos constituyen la gran mayoría, representando el 71,7% de ese universo, seguido por los europeos, con un 17,0%, los americanos, con el 8%, y los asiáticos, con el 3,5%.

Cuadro 2. Población extranjera por continente o país de nacionalidad. Censo 2010

CONTINENTE/PAÍS	EFECTIVO	%
ÁFRICA	**10.306**	**71,7**
CEDEAO	***8.783***	*61,1*
GUINEA-BISSAU	5.544	38,6
SENEGAL	1.634	11,4
NIGERIA	740	5,1
GUINEA-CONAKRY	456	3,2
OTROS CEDEAO	409	2,8
PALOP, SIN G-B	***1.209***	*8,4*
SANTO TOMÉ Y PRÍNCIPE	772	5,4
ANGOLA	409	2,8
MOZAMBIQUE	28	0,2
OTROS ÁFRICA	***314***	*2,2*
AMÉRICA	**1.100**	**7,7**
ESTADOS-UNIDOS	388	2,7
BRASIL	316	2,2
ANTILLAS HOLANDESAS	96	0,7
CUBA	95	0,7
ISLAS VÍRGENES AMERICANAS	78	0,5
ISLAS MENORES LEJANAS (EUA)	32	0,2
OTROS AMÉRICA	95	0,7
ASIA	**498**	**3,5**
EUROPA	**2.446**	**17**
PORTUGAL	1.281	8,9
ITALIA	451	3,1

CONTINENTE/PAÍS	EFECTIVO	%
FRANCIA	223	1,6
ESPAÑA	158	1,1
ALEMANIA	75	0,5
REINO UNIDO	57	0,4
OTROS EUROPA	201	1,4
OCEANÍA	**23**	**0,2**
TOTAL	**14.373**	**100**

Fuente: INE, Septiembre de 2011

Del cuadro anterior se desprende que existe un predominio de ciudadanos oriundos de la CEDEAO y, en segundo lugar, de ciudadanos europeos, teniendo Portugal el mayor número de nacionales en Cabo Verde, con 1.281 inmigrantes, estando España en cuarto lugar, con 158 inmigrantes.

CUADRO 3. INMIGRANTES EN CABO VERDE POR NÚMERO DE AÑOS DE RESIDENCIA. CENSO 2010

Número de años de residencia	Inmigrantes
0	2.205
1	2.133
2	2.566
3	1.778
4	1.323
5	1.219
6	933
7	684
8	664
9	397
10	699
Total	**12.396**

Fuente: INE, Septiembre de 2011

Destaca el hecho de que existen más inmigrantes residentes en los últimos años en Cabo Verde, es decir, residentes con menos de 3 años, que residentes anteriores en el tiempo, lo que muestra la nueva tendencia de mayor entrada de inmigrantes en Cabo Verde.

DESEMPLEO

El desempleo en Cabo Verde se encuentra actualmente en el 10,7%, abarcando aproximadamente al 41% de los jóvenes. Este es un fenómeno que, en el ámbito de las negociaciones sobre los flujos migratorios, no conviene revelar.

Cuadro 4. Población activa de 15 años de edad o más, por sexo, según su situación, frente a la actividad económica. INE, Censo 2000-2010

Censo	Población	Sexo					
		Masculina		Femenina		Total	
		Efectivo	%	Efectivo	%	Efectivo	%
2010	Población activa total	111.225	100,0	87.240	100,0	198.465	100,0
	Población activa ocupada	100.575	90,4	76.722	87,9	177.297	89,3
	Población desempleada	10.650	9,6	10.518	12,1	21.168	10,7
	Población inactiva total	132.182	-	161.036	-	293.218	-
2000	Población activa total	82.272	100,0	72.846	100,0	155.118	100,0
	Población activa ocupada	76.793	93,3	64.932	89,1	141.725	91,4
	Población desempleada	5.479	6,7	7.914	10,9	13.393	8,6
	Población inactiva total	125.722	-	151.149	-	276.871	-

IV. LA DIMENSIÓN POLÍTICA: EFECTOS DE LA PE EN EL MERCADO LABORAL DE CABO VERDE Y RETOS

Se trata de un país insular, sujeto a frecuentes oleadas de inmigración de África, Europa y Asia, principalmente de África Occidental, y este flujo se multiplica cuando hablamos de emigración. Existe una nueva tendencia de inmigración hacia Cabo Verde por cuestiones económicas, es decir, tanto con el objetivo de conseguir nuevas y mejores condiciones de vida como por considerarlo un país ideal para inversiones, o de tránsito, para invertir en otros lugares.

Una de las principales características de la migración mundial es, en gran parte, la de ciudadanos de países *denominados* subdesarrollados hacia países *denominados* desarrollados en busca de empleo, mejores condiciones de vida y por motivos políticos. Actualmente en Cabo Verde, en particular, asistimos a una gran demanda de su mercado de nuevos inversores que dejan sus países de origen en busca de mercados potenciales.

La asociación especial es un proceso complejo que exigirá diversas modificaciones en el marco político y jurídico interno, pero que ayudará, en gran medida, a realizar reformas y a la modernización. Cabo Verde tiene mucho interés en celebrar acuerdos o tratados de gestión de flujos migratorios que posteriormente se materialicen.

La PPM, que constituye uno de los pilares de la asociación especial, incluye principalmente una asociación para el control de la migración legal, fomenta la migración de mano de obra (o laboral) y protege a los migrantes contra la explotación, exclusión y

tráfico de seres humanos. Esta cuestión es un tema sensible tanto para la UE, que se enfrenta en múltiples ocasiones a la inmigración ilegal, principalmente la de África, como para Cabo Verde, que también constituye un lugar de paso para la migración ilegal hacia Europa.

Cabo Verde se beneficiará, sin duda, de acuerdos de gestión de flujos migratorios tanto con Europa como con África, concretamente en el ámbito de la CEDEAO, ya que las dos realidades son una consecuencia de la situación geográfica de las islas.

Una migración bien gestionada, en el ámbito del mercado de trabajo, puede traducirse en un beneficio para Cabo Verde y para su mercado de trabajo, a saber:

1. Mejoraría la información a los potenciales migrantes de las oportunidades de empleo en Cabo Verde y en los Estados miembros, lo que reduciría la migración ilegal;
2. Obligaría a reforzar nuestra capacidad institucional y administrativa para gestionar la migración, por medio de la formación de especialistas y la creación de condiciones técnicas y humanas;
3. Obligaría a mejorar la legislación sobre la gestión de flujos migratorios, principalmente en lo referente a la concesión de los distintos tipos de visados y control de documentos de identificación;
4. Obligaría a los Estados miembros y a Cabo Verde a prestar una mayor atención a la comunidad caboverdiana dispersa por Europa, apoyándoles en casos de regreso voluntario;
5. Crearía un perfil migratorio de personas altamente cualificadas, desarrollando intercambios y reconocimiento de cualificaciones.

El mercado de trabajo caboverdiano sería el mayor beneficiario en el caso de que, si además de la aprobación de acuerdos de gestión de flujos migratorios las partes no dejaran los objetivos únicamente sobre el papel y los cumplieran, de conformidad con los pasos que ya se están dando porque, además de poder exportar mano de obra, podrían tener un control mayor sobre esta exportación y entender si existe o no la necesidad de importar dicha mano de obra.

La mano de obra caboverdiana podría sufrir algunas modificaciones, en el caso de que sigamos exportando hacia Europa mano de obra especializada y no especializada, ya que podría darse el caso de tener que importar mano de obra, principalmente desde los países vecinos de la CEDEAO.

Para alcanzar beneficios en el ámbito del mercado de trabajo de la UE y CV también sería necesaria la armonización de las acciones y de la legislación relacionada con el trabajo y la Seguridad Social, de tal manera que los trabajadores estuvieran protegidos en situaciones de riesgo, de forma uniforme, para no caer en la tentación de ratificar todos los acuerdos y llegar al punto de que algunos trabajadores, por el hecho de trabajar en un determinado país, tuvieran una mayor protección contra las diversas vulnerabilidades que si trabajaran en otro país miembro.

El fenómeno migratorio actual requiere un nuevo enfoque político y legislativo para poder hacer el seguimiento de las nuevas tendencias migratorias y dar una mejor respuesta a la migración legal e ilegal.

Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam[29] se dio un impulso al llamado «Libro Verde»[30] sobre la planificación de la U.E. en lo referente a la gestión de la inmigración económica. Ello constituye la primera ocasión en la que se pretende abordar la cuestión de la inmigración, creando un mercado de trabajo único de la población residente en los Estados miembros. Desde ese momento, se han hecho distintas propuestas acerca de cómo gestionar esos flujos migratorios, en particular mediante: *el Libro Azul*[31]*, Directivas de retorno*[32]*, Directiva sobre las condiciones de entrada y residencia de trabajadores en actividades remuneradas*[33]*, Directiva que aplica sanciones a empresarios que contraten a extranjeros irregulares*[34]*,* entre otras.

Esta preocupación tendrá que ser también la preocupación del Estado de Cabo Verde, incentivando la inmigración «útil o necesaria», en consonancia con las exigencias del mercado de trabajo. Como comentamos anteriormente, Cabo Verde es un país con una alta tasa de desempleo que se sitúa actualmente en el 10,7%[35], afectando a gran escala a los jóvenes, en un porcentaje que ronda el 41%.

La inmigración circular tiene como objetivo responder a las necesidades del mercado de trabajo en los países miembros y bajar la presión del mercado de trabajo de países terceros[36]. La entrada de extranjeros en Cabo Verde, por un lado, y la gran salida de caboverdianos hacia distintos países extranjeros, por otro, lleva, claramente, a una descompensación del mercado de trabajo que deberá contar con respuestas eficaces.

La facilidad de entrada en Cabo Verde, en el marco de la PE y la PPM, y en el marco de otros compromisos nacionales, conducirá a que los Estados interesados dialoguen más, estudien las formas de control más eficaces y se lleve a cabo la optimización del mercado de trabajo. La migración tiene, sin duda, consecuencias a nivel social, económico, político y cultural en el seno de un país, aportando valores éticos, de lengua, mezcla de razas y retos. Esto traerá consigo una gran modificación legislativa y técnica, lo que constituye también uno de los pilares de la PE, modificación que actualmente se hace más necesaria en Cabo Verde debido al desajuste actual de ciertas legislaciones sobre la gestión de los flujos migratorios.

---

(29) Firmado en octubre de 1997 y que entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

(30) De 11 de enero de 2005, COM (2004), 811.

(31) Que regularía las condiciones de entrada y residencia de trabajadores altamente cualificados.

(32) Que pretende proporcionar el retorno de los trabajadores, favoreciendo la migración circular.

(33) Proporcionando la entrada de potenciales inmigrantes con garantías que aseguren actividades profesionales.

(34) Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio.

(35) Según los datos del censo de 2010, elaborado por el INE.

(36) Consultar la Comunicación de la UE, de 16 de Mayo de 2007, al Parlamento, Consejo, Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relacionadas con las migraciones circulares y las asociaciones para la movilidad entre EU y países terceros (COM 2007, 148).

Aunque no podemos determinar las consecuencias demográficas del fenómeno migratorio, nos encontraremos, por un lado, con el envejecimiento de la población en el país de origen y la disminución de la población activa y, por otro lado, con el aumento de la natalidad, rejuvenecimiento de la población y concentración de la fuerza del trabajo en el país de destino.

En cuanto a los aspectos negativos, podemos destacar, por una parte, el desequilibrio de la mano de obra, de sexos y la menor natalidad en el país de origen y, por otra parte, una mayor tasa de desempleo, problemas de vivienda(37) y xenofobia en el país de destino. La PE y la PPM deben considerarse una oportunidad de profundas modificaciones en el desarrollo de Cabo Verde, si las partes dialogan y crean condiciones para hacer frente a los problemas de la migración ilegal, dejando de lado los grandes *tabúes* que han impedido esas negociaciones.

El inmigrante nunca puede ser visto como un problema o como un delincuente, sino como una consecuencia de algunas opciones políticas equivocadas por parte de los Estados. Es inseparable la idea actual de inmigrante de la del *inmigrante víctima,* que domina hoy en el imaginario colectivo de los países desarrollados y que limita sus derechos, condicionándolos a los mercados y a su utilidad(38).

Hablar de migración es hablar de oportunidades y de amenazas. Hay personas que consideran que se trata de un problema y otros que la ven como una esperanza. En el caso de España y Portugal, la migración tuvo grandes efectos en el rejuvenecimiento de la población. Sin embargo, los primeros efectos negativos que se pueden atribuir a la migración, y concretamente a la corriente inmigratoria, es el desequilibrio en el mercado de trabajo, la reducción de sueldos, el aumento del desempleo y de la huelga, que además es notoria en Cabo Verde. Quien contrata ilegalmente a inmigrantes lo hace porque necesita mano de obra que, sin duda, siendo ilegal en la mayoría de los casos, es más barata para el empleador.

El cierre de fronteras nunca es una solución para gestionar los flujos migratorios(39). Favorecer la entrada legal y promover la integración laboral, social y profesional del inmigrante puede ser la solución correcta para combatir la inmigración ilegal e inútil. Por esta razón, debemos evitar la tentación de resolver el fenómeno migratorio mediante barreras y sustituirlas por nuevas políticas públicas concertadas.

Cualquier política de migración únicamente podrá basarse en la legalidad de la llegada y salida de migrantes, reforzando asimismo la capacidad de integración(40) del inmigrante y la cooperación con los países de origen y basándose en un diálogo abierto en un plano de igualdad. No son sólo las instituciones públicas, sino distintas asociaciones de apoyo a los

(37) Creación de barrios sociales, algunos ilegales, éste es el caso de algunas ciudades portuguesas, como Lisboa y Oeiras.

(38) Consultar GARCÍA, J.A., «La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal», en Cancio Melia, Manuel (coordinador) Pozuelo Pérez, Laura (coordinador), Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada, Navarra, Civitas, 2008.

(39) CARNICER DE LUIS, P. (coord.), Inmigración, empresa y formación, Thomson Aranzadi, p. 25, 2007.

(40) Caso español, en el que se crearon puestos de trabajo gestionados por la cooperación.

migrantes, la sociedad civil e instituciones en general las que ayudan o gestionan los flujos migratorios, de forma directa o indirecta, en el día a día.

BIBLIOGRAFÍA

DA CRUZ ALMEIDA, G., *Direito do trabalho cabo-verdiano*, I, *Dogmática específica, fontes e situações individuais de trabalho*, Imprensa Nacional de Cabo Verde, Praia, 2010.

— *Código da Terra, Nota introdutória,* Livraria Saber, Praia, 2002.

DE LUIS CARNICER, P. (coord.), *Inmigración, empresa y formación*, Thomson Aranzadi, p. 25, 2007.

GARCÍA, J.Á., «La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal», en Cancio Meliá, Manuel y Laura Pozuelo Pérez, coords., *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada,* Navarra, Thomson/Civitas, 2008.

GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.º vol., 2.ª ed., Coimbra, 1985, p. 575.

DAS NEVES, I., *Direito da Segurança Social-principios fundamentais numa análise prospectiva*, Coimbra, 1996, pp. 669.

MIRANDA, J.; MEDEIROS, R., *Constituição portuguesa anotada*, vol. I, Coimbra, 2005, p. 634.

PALMA RAMALHO, M.ª do R., *Direito do trabalho*, parte II, *Situações laborais individuais*, Almedina, 3.ª edición, 2010, p. 395.

RAMOS, R.M.M., *Enciclopedia POLIS*, verbo, 2.º vol., 1987, p. 1162.

RODRÍGUEZ ESCUDERO, R., *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, La Ley, Temas, Mayo 2010.

SOLANES CORELLA, Á. (ed.), *Derechos humanos, migraciones y diversidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

SOUTO GARCÍA, E.M., en *Derecho penal de excepción, terrorismo e inmigración*, pp. 292 y 309, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

X. FRONTEX Y LA CREACIÓN DE LA FRONTERA EUROAFRICANA: GOLPEANDO LA VALLA ILUSORIA

Ruben Andersson

Doctorando en Antropología
London School of Economics

RESUMEN

Frontex y la creación de la frontera euroafricana: golpeando la valla ilusoria

Una frontera entre la Unión Europea y África está en construcción, en gran parte gracias al fenómeno de la migración irregular. Este artículo examinará esta frontera euroafricana a través del sistema transnacional de control migratorio impulsado por la agencia europea para las fronteras exteriores, Frontex. Basándose en entrevistas etnográficas con la Guardia Civil y otras agencias claves, el artículo considerará el papel de lo «humanitario» en un nuevo régimen fronterizo basado en la relación entre integrated border management y el enfoque global sobre migración. El artículo se enfocará en el proyecto HERA, considerada la más «exitosa» de las operaciones Frontex. La justificación del proyecto depende en gran parte del rescate humanitario y la prevención de travesías peligrosas. Este razonamiento permite desarrollar una frontera difusa en vez de una simple línea de separación —una borderland, no una borderline—. Se podría hablar de un emergente e-border o frontera electrónica extendiéndose desde el Mediterráneo hasta Senegal, controlado desde Varsovia, Madrid y Las Palmas en una red involucrando sistemas sofisticados de comunicación y vigilancia. Pero la e-frontera es una construcción frágil afectada por, entre otros factores, las exigencias de «terceros países», la fluidez de rutas migratorias y las complicaciones legales. En segundo lugar, el artículo contrastará la obra «humanitaria-policial» con la «práctica fronteriza» de activistas y migrantes. La externalización de controles migratorios ha impulsado nuevas formas de movilización transnacional alrededor de una «frontera» que a veces coincide con la e-frontera y otras veces la desafía. En palabras de un activista de Malí, la frontera de la UE ha llegado hasta la zona desértica entre su país y Mauritania. Pero en la búsqueda activista de una frontera donde se pueda protestar hace resaltar lo ilocalizable que resulta la frontera euroafricana. Sigue invisible y difusa, en

ABSTRACT

Frontex and the creation of euro-african border: hitting the illusory fence

A boundary between the EU and Africa is under construction, largely thanks to the phenomenon of irregular migration. This article will examine this Euro-African border through transnational migration control system driven by the European agency for external borders, Frontex. Based on ethnographic interviews with the Civil Guard and other key agencies, the article will consider the role of the «humanitarian» in a new border regime based on the relationship between Integrated border management and the global approach on migration. The article focuses on the HERA project, considered the most «successful» Frontex operations. The justification of the project depends largely on the humanitarian rescue and prevention of dangerous crossings. This reasoning allows to develop a fuzzy border rather than a single line of separation —a borderland, not borderline. One could speak of an emerging e-mail or border stretching from the Mediterranean to Senegal, controlled from Warsaw, Madrid and Las Palmas in a network involving sophisticated communication systems and surveillance. But the e-frontier is a fragile construction affected by, among other factors, the demands of «third countries», the fluidity of migration routes and legal complications. Second, the article contrasts the work «humanitarian-police» with the «practical frontier» of activists and migrants. The outsourcing of immigration controls has promoted new forms of transnational mobilization around a «border» that sometimes coincides with the e-border and other times the challenge. As one activist from Mali, the border of the EU has come to the desert area between his country and Mauritania. But in the active pursuit of a border where they can protest that untraceable brings out is the Euro-African border. Still invisible and diffuse everywhere and nowhere. The activists and migrants can hit a fence just an illusion that with each blow, paradoxically, more real.

todos lados y en ninguno. Los activistas y migrantes sólo pueden golpear una valla ilusoria que, con cada golpe, paradójicamente se hace más real.

Palabras clave: control de fronteras, Frontex, fronteras exteriores, valla, Senegal.

Key words: border management, Frontex, external borders, fence, Senegal.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL NUEVO RÉGIMEN FRONTERIZO.

1. Una red transnacional de comunicación.

2. Las patrullas.

3. El SIVE y más allá: construyendo una frontera virtual.

III. HUMANITARIOS EN ALTA MAR.

IV. GOLPES EN LA VALLA.

1. Localizando la frontera.

2. Localizando Frontex.

V. CONCLUSIÓN: LA FRONTERA-EN-OBRA.

I. INTRODUCCIÓN

En la isla de Gorée, cerca de la capital senegalesa, lugar histórico de la trata de esclavos y actual imán de turistas europeos, los visitantes han visto en los últimos años algo inesperado desde los cafés y terrazas al lado del mar: patrulleras de la Guardia Civil Española en sus tareas de control migratorio en costas africanas. Estas patrulleras son igualmente visibles desde las playas de los barrios pesqueros de Dakar, de donde salieron muchos de los inmigrantes irregulares que llegaron a Canarias en la llamada *crisis de los cayucos* en 2006[(1)]. Muchos de ellos fueron repatriados. «No nos pueden parar», dice uno de ellos, mirando hacia la patrullera en el horizonte. Sin embargo, su movimiento se ha parado. Ya no salen cayucos destino a las playas de Tenerife y Gran Canaria.

Una frontera entre la Unión Europea y África está en construcción, en gran parte gracias al fenómeno de la migración irregular. Este artículo explorará la creación y eficacia de la «frontera euroafricana» en relación a los flujos migratorios irregulares, y el juego

(1) «Cayuco» es el nombre español que se dio a las embarcaciones de madera para la pesca artesanal en África del Oeste, conocidas como pirogues en francés y gaal yi en wolof, que se utilizaron para la travesía a las Islas Canarias.

productivo de contradicciones que define esta frontera-en-obra: la tensión entre visibilidad e invisibilidad, entre rescate humanitario y control policial.

En los territorios y aguas de África del Oeste, la agencia europea de controles fronterizos, Frontex, ha impulsado el proyecto HERA, considerada la más «exitosa» de sus operaciones. La justificación del proyecto depende en gran parte del rescate humanitario y la prevención de travesías peligrosas. Este razonamiento permite desarrollar una frontera difusa en vez de una simple línea de separación —un *borderland* (zona fronteriza), no un *borderline* (línea fronteriza)[2]—. Se podría hablar de una emergente frontera virtual extendiéndose desde el Mediterráneo hasta Senegal, controlada desde Varsovia, Madrid y Las Palmas en una red que involucra sistemas sofisticados de comunicación y vigilancia. Pero esta frontera es una construcción frágil afectada por, entre otros factores, las exigencias de terceros países, la fluidez de rutas migratorias y las complicaciones legales.

Basándose en entrevistas con oficiales activos en el control fronterizo y visitas a centros de control en Senegal, España y Varsovia, este artículo considerará, en primer lugar, la estructura de HERA en Senegal y en las Islas Canarias, enfocándose, desde un punto de vista antropológico, en las realidades concretas del trabajo fronterizo —las redes de comunicación, sociabilidad, patrullaje y tecnología— en lugar de los acuerdos y políticas migratorios ya ampliamente estudiados[3]. En segundo lugar, contrastará la obra «humanitaria-policial» con la «práctica fronteriza» de activistas por la libertad de movimiento[4]. El desplazamiento y la difusión de controles migratorios han impulsado nuevas formas de movilización transnacional alrededor de una «frontera» que a veces coincide con la «frontera virtual» y otras veces la desafía. En palabras de un activista de Malí, la frontera de la UE ha llegado hasta la zona desértica entre su país y Mauritania. Pero la búsqueda activa de una frontera donde se pueda protestar hace resaltar lo ilocalizable que resulta la frontera euroafricana. Sigue invisible y difusa, en todos lados y en ninguno. Los activistas sólo pueden golpear una valla ilusoria que, con cada golpe, intentan hacer más real.

II. EL NUEVO RÉGIMEN FRONTERIZO

La respuesta a la migración irregular en la frontera sur de la UE ha ido desarollándose en estrecha relación con el tratamiento mediático de dicho fenómeno. En las Islas Canarias, la percepción de «emergencia» en relación al fuerte crecimiento de llegadas de cayucos en 2006 contribuyó a una respuesta política rápida a nivel europeo y estatal. Ese mismo año, España pidió la asistencia de Frontex, la agencia europea para la gestión de las fronteras exteriores de los Estados Miembros de la UE, para manejar los flujos migratorios irregula-

(2) DONNAN, H; WILSON, T. (eds.), Border identities: nation and state at international frontiers, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

(3) Un total de 44 entrevistas y/o discusiones a fondo han sido realizadas en 2010 y 2011 con oficiales de la Guardia Civil Española, la Policía Nacional, Frontex, la Policía Nacional de Senegal y otros cuerpos involucrados en el control fronterizo, además de entrevistas con otros actores involucrados en el fenómeno migratorio como ONGs, migrantes y activistas.

(4) DRIESSEN, H., On the Spanish-Moroccan frontier: a study in ritual, power and ethnicity, Berg, Oxford, 1992.

res a las islas. El resultado fueron las operaciones conjuntas HERA I y HERA II, la primera dedicada a identificar migrantes en los centros de internamiento de extranjeros (CIEs), y la segunda dedicada a patrullas para interceptar migrantes en alta mar(5). Estas patrullas involucraban operaciones conjuntas en aguas de Senegal y Mauritania, con base en acuerdos bilaterales (Memoranda of Understanding, MoU) firmados entre España y dichos Estados.

HERA, diosa del matrimonio en el panteón griego, representaba una unión firme entre las autoridades de África del Oeste y Europa. Según un alto responsable de la Guardia Civil en la coordinación de controles migratorios, HERA es «el prototipo que a Frontex le gustaría exportar al resto» de sus operaciones. Se trabaja «en aguas jurisdiccionales de donde están saliendo, es la operación ideal», explica. A continuación se considerará los elementos claves de esta «operación ideal», enfocándose en los dispositivos de comunicación y vigilancia que permiten la creación de una frontera virtual y difusa entre el sur de la UE y África del Oeste.

1. Una red transnacional de comunicación

Si las imágenes mediatizadas de patrullas, rescates y llegadas constituyen la parte más visible de la emergente frontera euroafricana, las redes de comunicación que sustentan este despliegue constituyen su parte más difusa e invisible. Los centros de coordinación de Las Palmas de Gran Canaria (CCRC, centro de coordinación regional) y de Madrid (ICC, centro de coordinación internacional para operaciones de Frontex) son las estructuras más concretas de una red que va más allá de las fronteras europeas(6). Como fundamento de esta interconectividad está la Red Seahorse, un sistema de comunicación segura que facilita flujos de información operativa entre los centros de coordinación españoles y europeos y sus equivalentes en territorio africano. Esta red, liderada por la Guardia Civil Española bajo financiación del Programa AENEAS de la Comisión Europea, integra actualmente dos centros en España, dos en Mauritania, y un centro en Marruecos, Senegal, Gambia, Guinea Bissau, Cabo Verde y Portugal(7).

En el caso de Senegal, las patrullas se manejan desde el centro de coordinación (CCO) en Dakar por un Estado Mayor conjunto. En este centro, localizado en la base marina senegalesa, están presentes las cuatro fuerzas nacionales involucradas en controles migratorios: la Marina, la Gendarmería, las Fuerzas Aéreas y la Policía de Fronteras (DPAF o Direction de la Police de l'Air et des Frontières). Los oficiales de cada cuerpo comunican, a su vez, con sus respectivas sedes y con otro centro de control basado en el Ministerio del Interior senegalés, que se encarga de transmitir la información al CCRC, donde están basados enlaces de Marruecos, Mauritania y Senegal. Los oficiales de enlace de la Guardia Civil y la Policía Nacional, basados en la Embajada Española, constituyen otro nodo de comunicación entre el CCRC en Las Palmas, el CCO en Dakar, las fuerzas de seguridad locales y las

(5) Para una discusión detallada de HERA I y II, véase CARRERA, S., «The EU border management strategy: Frontex and the challenges of irregular migration in the Canary Islands», CEPS working document, n.º 261, 2007.

(6) Sobre CCRC, ver ARTEAGA, F., «Las operaciones de última generación: el Centro de Coordinación Regional de Canarias», Real Instituto Elcano ARI n.º 54, 2007.

(7) El Proyecto Seahorse concluyó en 2010. Ver Ministerio del Interior, <http://www.mir.es/gl/DGRIS/Notas_Prensa/PDF_notas_de_prensa/2011/np011805.pdf>.

patrullas en marcha. La red segura de Seahorse y los canales de información establecidos entre el CCO, el Ministerio del Interior senegalés y el CCRC son por tanto flexibles. Como un enlace senegalés explicaba, enviaría información urgente por correo electrónico entre todos los centros involucrados directamente (entre el CCRC, el CCO, la Gendarmería, el Ministerio, la Marina y la unidad relevante de policía)[8]. De esta manera, compartiendo información operativa a diario por vías más o menos formalizadas entre Canarias y Dakar, el tejido comunicativo se va haciendo cada vez más intrincado, fomentando una creciente transnacionalización del trabajo fronterizo en un contexto multilingüe[9].

Pero la comunicación va más allá del eje Las Palmas-Dakar. Desde el 2010, HERA se gestiona desde el ICC en Madrid, al igual que la operación conjunta Indalo, últimamente la más activa de las operaciones de Frontex en costas españolas[10]. El ex *project manager* de HERA y actual responsable de Indalo explicó que envía a Frontex un informe al final del día para cada operación, incluyendo novedades de las últimas 24 horas; también envía *flash reports* en casos urgentes y mantiene reuniones de videoconferencia regulares. Esta información llega a Frontex Situation Centre, otra sala de control situada en la sede de Frontex en Varsovia, el cual comunica con otros centros de control y puntos focales de Frontex a través del Frontex One-Stop Shop (FOSS, un sistema de comunicación segura) o por e-mail. Sólo hay comunicación en tiempo real con las operaciones en aguas de Italia y Grecia por el momento, las cuales son proyectadas en los grandes mapas manuales en el FSC[11].

Además, hay que diferenciar entre flujos de información relativos a la vigilancia, por un lado, y a la inteligencia, por otro. Frontex se considera como una *intelligence-driven agency* y ha creado otras vías de comunicación para compartir información relativa a, por ejemplo, las rutas migratorias y los *modus operandi* de los facilitadores (*facilitators*), el término utilizado por Frontex para referirse a pasadores o traficantes de personas. La unidad de análisis de riesgos de Frontex, RAU, comunica con el punto focal de Frontex en España, la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, y más particularmente con Ucrif (Unidad contra redes de inmigración y falsificación documental) para la recopilación de estos datos. La red FRAN (Frontex Risk Analysis Network) se extiende ahora por toda Europa, resultando en los análisis de riesgo elaborados por el RAU, el cual también puede aprovechar información de los Immigration Liaision Officers (ILOs) estacionados en terceros países. Así el trabajo de inteligencia en la frontera euroafricana se extiende más allá de la frontera exterior de la UE (el *borderline*) a nodos claves como Bamako en Malí, por donde pasan migrantes africanos de camino al norte de África y de allí, supuestamente, a Europa[12].

---

(8) Oficiales de la Policía Nacional senegalesa (comunicación personal).

(9) El idioma oficial de Frontex y la sala de enlaces del CCRC es el inglés; el francés es el idioma utilizado en patrullas y en África del Oeste gracias al carácter francófono de Senegal y Mauritania; y el español se utiliza naturalmente en la embajada y más allá, incluyendo el centro de control o CECON del CCRC, manejado por la Guardia Civil.

(10) Indalo dura los meses de verano y cubre las costas de Granada, Almería y Murcia. Una tercera operación de Frontex en España, Minerva, se centra en el control de documentación en puertos del litoral español.

(11) La implementación de una herramienta para el update automático de los mapas del FSC está programada para 2012 (Frontex, comunicación personal).

(12) Como muchos académicos han notado, es erróneo pensar en la migración del sur del Sáhara al Maghreb como necesariamente una migración de «tránsito» hacia Europa. Ver por ejemplo DE HAAS, H., «The myth of inva-

Finalmente, la comunicación personal entre agentes de Estado africanos y europeos ha crecido en los últimos años. El proyecto Seahorse ha involucrado el fortalecimiento de contactos entre fuerzas de seguridad en África del Oeste y Europa a través de conferencias de alto nivel, cursos de formación, patrullas mixtas y puestos de enlace(13). Entre las conferencias se incluye la ya «tradicional» conferencia euroafricana sobre inmigración irregular, que normalmente tiene lugar en Canarias y reúne a oficiales de decenas de países europeos y africanos, y reuniones como la del Africa-Frontex Intelligence Community en 2010 para establecer lazos más firmes a nivel de intercambio de datos y análisis de riesgos(14). En cuanto a la formación en temas migratorios, en Malí, por ejemplo, las autoridades españolas organizan una «formación de formadores» para 20 a 30 oficiales cada año. Por último, se realizan visitas de altos oficiales a instalaciones en España para ver «cómo se trabaja la migración en otros países», según el enlace del Interior en la Embajada Española en Bamako. Pero estos contactos van más allá del intercambio formalizado de información. Constituyen un incentivo para oficiales de países como Malí o Senegal, los cuales se benefician de la atractiva posibilidad de viajar, con todos los gastos incluidos; también facilitan flujos informales de información más allá de las comunicaciones más o menos formalizadas por las redes electrónicas ya discutidas. El fenómeno creciente de visitas personales y viajes, por lo tanto, ha dado un impulso fundamental a la transnacionalización del trabajo fronterizo y ayuda a reificar la frontera como objeto común de enfoque policial.

2. Las patrullas

El despliegue en las zonas marítimas entre las Islas Canarias y África del Oeste está en el corazón de HERA y constituye su lado más visible. Los medios de comunicación han transmitido imágenes de rescates y patrullas de la Guardia Civil en alta mar, contribuyendo así a la puesta en escena y espectacularización de la frontera euroafricana. Siguiendo los estudios de NEVIN y ANDREAS de la frontera entre EEUU y México, se podría hablar de una *performance* de vigilancia que ayuda a reificar la frontera euroafricana emergente(15).

Las patrullas migratorias se realizan a varios niveles. En aguas territoriales españolas y en alta mar patrullan la Guardia Civil y embarcaciones de Salvamento Marítimo. Noble Centinela, una operación de la Armada española, ha sobrevolado y vigilado zonas de alta mar hasta hace poco. En aguas territoriales africanas se llevan a cabo las patrullas conjuntas por mar y aire. Finalmente, las fuerzas de seguridad en Senegal, Mauritania y Marruecos hacen sus propias patrullas en costas y fronteras.

Estas «prácticas fronterizas» de las fuerzas de seguridad son una parte clave en la construcción de la frontera euroafricana, pero tienen un alto coste financiero y político.

---

sion: irregular migration from West África to the Maghreb and the European Union», IMI research report, octubre de 2007.

(13) Ver presentación del Ministerio del Interior sobre el proyecto disponible en línea, <www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Ministerio.../SEAHORSE_ES.ppt>.

(14) Ver Frontex, General Report 2011, Varsovia, 2011, p. 12.

(15) NEVINS, J., Operation Gatekeeper: the rise of the «illegal alien» and the making of the U.S.-Mexico boundary, Routledge, Londres, 2002; ANDREAS, P., Border Games: Policing the US-Mexico Divide, Cornell University Press, Ithaca and Londres, 2000.

Las operaciones marítimas constituyeron casi 40% del presupuesto total y 55% del presupuesto de operaciones de Frontex en 2009, y la proporción sigue siendo alta[16]. Los incentivos financieros para el Estado anfitrión también son considerables a nivel bilateral, aunque es difícil establecer figuras exactas de los arreglos informales que existen en la sombra de las MoU[17].

Además, hay que cumplir las exigencias legales. En el caso senegalés, las autoridades permiten la participación de otros Estados miembros de la UE en patrullas marítimas y aéreas y dan el visto bueno a patrullas conjuntas hasta 150-200 millas náuticas[18]. Mauritania, en cambio, sólo permite patrullas conjuntas hasta las 24 millas (la llamada zona contigua) y, por el momento, sólo participa la Guardia Civil. En los dos casos, un oficial del país anfitrión sube a bordo de las patrulleras europeas «para dar legalalidad a la función que se está desarrollando», como explica el ex responsable del CCRC en Las Palmas, aunque el patrón del barco sigue siendo el europeo[19].

Los aviones que sobrevuelan la zona de vigilancia hacen vídeo y fotografías y si ven algo sospechoso alertan a los centros de control ya descritos para un posterior despliegue de medios marítimos. Si se detectan en aguas internacionales, «se aplican protocolos de salvamento marítimo», pero «si el cayuco no quiere [retornar], no se les puede obligar», dice un responsable de la Guardia Civil en África del Oeste. Entonces se envía una patrulla conjunta. De esta manera, se mezclan las funciones de rescate y control fronterizo en una operación interinstitucional cada vez más compleja.

El *performance* de las patrullas en costas africanas tiene también otro público: los «candidatos potenciales a la migración clandestina», como las agencias involucradas en el fenómeno migratorio suelen referirse a su objetivo principal. Frontex utiliza ahora el término *deterrence* (disuasión) para referirse al patrullaje y las interceptaciones de embarcaciones. Las patrullas terrestres por las costas de Dakar y la frontera senegalesa con Mauritania, llevadas a cabo por la División de Lucha Contra las Migraciones Irregulares y el Comisariado del Puerto de Dakar de DPAF[20], son también justificados basándose en «visibilidad», según sus jefes: mostrar a los «candidatos» de la migración y sus familiares que las patrullas siguen en pie. «No podemos dejar el despliegue que está en Mauritania y en Senegal», dice un alto responsable de la Guardia Civil en Madrid. «En dos días nos

(16) Ver análisis de Migrants at Sea, <https://migrantsatsea.wordpress.com/2010/05/17/details-from-frontex-general-report-2009-post-2-of-2/>, y el proyecto de presupesto de 2011 de Frontex: <http://frontex.europa.eu/gfx/frontex/files/budget/budgets/budget_2011.pdf>. El presupuesto de HERA ha bajado considerablemente con el descenso de llegadas.

(17) España se comprometió en 2006 a aportar una financiación de 20 millones € al Plan REVA (Retour Vers l'Agriculture, Retorno Hacia la Agricultura), un proyecto de desarrollo promocionado por el presidente senegalés, Aboulaye Wade, y en parte pensado para los migrantes retornados. Ver GAGRIELLI, L., «Flux et contre-flux entre l'Espagne et le Sénégal. L'externalisation du contrôle des dynamiques migratoires vers l'Afrique de l'Ouest», REVUE Asylon(s), n.º 3, 2008: <http://www.reseau-terra.eu/article716.html>.

(18) Guardia Civil y Frontex (comunicación personal). El tamaño de la zona económica exclusiva entre Cabo Verde y Senegal es contestado.

(19) Este caso se parece al acuerdo Italia-Libia en tiempos de Muamar Gadafi: ver GAMMELTOFT-HANSEN, T., y AALBERTS, T. E., «Sovereignty at Sea: The law and politics of saving lives in the Mare Liberum», DIIS Working Paper 2010:18, p. 20.

(20) La Gendarmería realiza patrullas en otras partes de la costa senegalesa.

vamos, en dos días vuelve la avalancha». El ex *project manager* de HERA señala lo mismo: «El presupuesto de la operación se ha reducido muchísimo», dice, «pero tanto España como los países africanos han dicho varias veces que sería un gran error retirar el despliegue porque eso puede dar una señal a los candidatos de la migración de volver a intentar [salir] de allí a Canarias».

3. El SIVE y más allá: construyendo una frontera virtual

Las patrullas ven y son vistas; son el lado humano de la vigilancia. Pero el Atlántico y el Mediterráneo son cada vez más controlados por otras tecnologías de visualización de la frontera y del migrante irregular que la atraviesa. España ha sido pionero en la vigilancia costera por radar a través del SIVE o Sistema Integrado de Vigilancia Exterior, también gestionado por la Guardia Civil. La frontera euroafricana se concretiza en las pantallas de las Comandancias del litoral español, donde aparece como un campo extenso de intervención formado por capas y zonas de responsabilidad y operatividad.

A través de radares y cámaras infrarrojas y de alta definición se puede detectar embarcaciones sospechosas a relativamente largas distancias (unas 15-20 millas, con cámara hasta las 6 millas aproximadamente). Como señales sospechosas de embarcaciones que aparecen en pantalla se incluye movimiento (si está parado o va en «zigzag») y vector de velocidad en relación al tamaño de la embarcación, ambos identificados gráficamente en pantalla. Si la velocidad es alta y la embarcación es pequeña, se levantan sospechas: pueden ser traficantes de drogas o migrantes irregulares(21). Si la embarcación es sospechosa, se la puede «identificar» en pantalla mediante un click para un posterior seguimiento. Se utilizan las cámaras para la detección detallada de embarcaciones; cabe destacar que los llamados «toys» —balsas de «juguete» que los migrantes utilizan últimamente en la zona del Estrecho— no se ven en el radar, sino en cámara(22). El sistema de cámaras, parte fundamental del SIVE, consta de cámaras móviles llevadas por patrullas y cámaras fijas. En Algeciras, primera implantación del SIVE en 2002, se pueden observar las instalaciones del puerto de Tánger Med en el lado marroquí del Estrecho. «A finales del año 2010, el proyecto SIVE se había extendido prácticamente a toda la península (desde Huelva hasta Castellón, ambas incluidos)», según el Ministerio del Interior(23).

La instalación del SIVE ha involucrado, por supuesto, a la industria de seguridad y defensa, y más específicamente a las empresas Amper, Siemens e Indra. Pero las empresas involucradas en el SIVE no son los únicos beneficiarios de la creación de la frontera euroafricana, donde la búsqueda del elusivo «migrante clandestino» puede resultar lucrativa. Frontex ha impulsado, a través de su unidad de investigación y desarrollo, avances tecnológicos en la vigilancia de fronteras terrestres y marítimas («green» y «blue borders», en su terminología), y el entusiasmo se extiende cada vez más entre las empresas privadas,

(21) Este ejemplo es representativo de la zona del Estrecho de Gibraltar (Guardia Civil, comunicación personal).

(22) Guardia Civil (comunicación personal).

(23) Ver MIR, <http://www.mir.es/gl/DGRIS/Notas_Prensa/PDF_notas_de_prensa/2011/np011805.pdf>.

la Comisión Europea, altos cargos en la vigilancia fronteriza y organizaciones europeas, cuyos objetivos históricamente han tenido poco que ver con el control migratorio(24).

«El futuro de la vigilancia marítima está en la vigilancia por satélites y aviones no tripulados», dice el alto responsable de la Guardia Civil en Madrid. En parte, esto ya se está haciendo realidad. En Indalo colabora con EMSA (European Maritime Safety Agency) en la vigilancia del mar, mientras GMES (Global Monitoring for Environment and Security) ha proporcionado imágenes del Maghreb que pueden ayudar a detectar movimientos migratorios mucho antes de llegar a la frontera exterior de la UE.

El alto responsable explica la visión de «cobertura total de la vigilancia»: primero el SIVE, cubriendo la franja costera; luego en alta mar, aviones, buques oceánicos y satélites; y finalmente la «tercera escala» de patrullas conjuntas en terceros países, como ya se realiza en África del Oeste y en menor grado en Marruecos(25). Éste es básicamente el modelo utilizado en HERA; el obstáculo para su implantación completa en el Maghreb es sobre todo político, no tecnológico.

Pero sería un error considerar la frontera como una zona hipervigilada, un panóptico perfecto en palabras de Foucalt, como a veces es presentado por los medios, los políticos e incluso los activistas(26). El SIVE depende de un mantenimiento constante y una plantilla extensa, ambos exigencias caras. Los vuelos no tripulados se enfrentan a grandes retos de legalidad por el peligro para el tráfico civil aéreo. Los satélites todavía no proporcionan información de uso en tiempo real. También, algunos oficiales en el control fronterizo no creen que estas iniciativas sean una manera eficaz de mejorar la vigilancia, denunciando el efecto distorsionador del *lobbying* industrial como factor importante en la decisión de invertir en estos sistemas. Lo cierto es que se trata de una creciente industrialización del trabajo fronterizo. La involucración del *technobusiness* ayuda, por tanto, a construir la frontera euroafricana como una zona grande y difusa, un terreno definido en relación a su primer objetivo: el migrante irregular de camino a Europa.

III. HUMANITARIOS EN ALTA MAR

El hecho de que la frontera sur de la UE es una frontera marítima define en gran parte las experiencias y estructuras que genera. Como bien se sabe, las fronteras marítimas siempre proporcionan «dificultades jurisdiccionales únicas» ya que «la línea [fronteriza] no puede ser visiblemente marcada»(27). El estatus de alta mar como un espacio no soberano en el

(24) Proyectos relevantes incluyen «all-weather radar» para una valla fronteriza virtual: ver presentación sobre «all weather border surveillance using radar imaging», conference on surveillance technology for border control en Varsovia, mayo de 2010, <http://www.ed4bg.eu/files/files/Tarchi_JRC.pdf>.

(25) La Guardia Civil y la Gendarmerie Royale de Marruecos efectuan intercambios de patrullas cada mes en sus respectivos fronteras.

(26) Ver, p.ej., *El País*, 26 de agosto de 2011, «La Esperanza de Volverse Invisible», en línea: <http://www.elpais.com/articulo/andalucia/esperanza/volverse/invisible/elpepiespand/20110826elpand_10/Tes>.

(27) Ver DICKINSON, Edwin D., «Jurisdiction at the Maritime Frontier», *Harvard Law Review,* n.º 40(1), 1926, p. 1.

derecho internacional —además de los límites establecidos del mar territorial (12 millas náuticas), la zona contigua (las siguientes 12 millas) y la zona económica exclusiva (200 millas)— son factores que ya definen la frontera euroafricana *a priori* como un tejido complejo de zonas de responsabilidad y soberanía. Pero como se ha señalado en un artículo reciente, una «nueva geopolítica del *Mare Liberum* [mar libre]» está en construcción, en gran parte gracias a las enmiendas al régimen internacional de búsqueda y rescate [SAR, search and rescue][28]. Esta sección considerará la importancia del régimen y discurso pertinente a rescates en alta mar —es decir, el discurso humanitario— en la construcción de la frontera euroafricana.

Varios estudios académicos del régimen fronterizo han considerado la justificación legal de operaciones conjuntas y, más allá, la llamada «externalización» de controles fronterizos. TONDINI considera las justificaciones para el retorno forzoso a costas en el caso italiano[29]: por un lado, se les puede considerar como operaciones de rescate; por otro, como operaciones de lucha contra el tráfico de personas con base en el Protocolo de Palermo; o, por último, como operaciones conjuntas basadas en principios de cooperación internacional no claramente definidas. Tondini argumenta que la conceptualización de estas operaciones como operaciones de rescate es la opción más beneficiosa para los Estados europeos y la única opción para justificarlas legalmente, aunque matiza que el principio de *non-refoulement* no podrá ser violado.

La justificación de rescate es, también, la justificación adaptada por los agentes responsables de la Guardia Civil o la Policía Nacional entrevistados sobre la razón de la interceptación y aprehensión de embarcaciones. Muchos mencionan «salvar vidas» y lo «humanitario» como lo principal en la tarea de control fronterizo. Su trabajo es «99,9% humanitario», según un agente con años de experiencia en Mauritania y Marruecos. El ex *project manager* de HERA justificó las interceptaciones en costas africanas de la siguiente manera: «Lo primero es salvar las vidas humanas, eso conlleva que todos los barcos que intentan llegar a España son interceptados antes de llegar a costas». La razón de interceptación, confirmó, es el «rescate de vidas» con base en SOLAS, el convenio internacional para la protección de la vida humana en alta mar. «Hay que evitar que se pongan en peligro», razona también el alto responsable de la Guardia Civil en Madrid. En palabras de un oficial de la Guardia Civil en Canarias, «lo que importa es ayudar a las personas, sea a una milla, sea a 15, sea a 30, sea a 200… [para] ayudar a una embarcación no hay ningún límite». Estas intervenciones pueden ser muy arriesgadas para la Guardia Civil, Salvamento Marítimo y los propios migrantes. En este contexto, el discurso humanitario ayuda a dar sentido y enfoque a un aspecto del trabajo fronterizo que algunos oficiales no sienten que el público reconozca lo suficiente. «Hemos salvado un montón de vidas», dice un jefe de la Guardia Civil. Pero mediante el trabajo fronterizo definido como «rescate», el concepto de «frontera» como *borderline* o línea administrativa de separación pierde fuerza, dejando paso a una zona más difusa, un *borderland* o zona fronteriza.

---

(28) GAMMELTOFT-HANSEN, T., y AALBERTS, T.E., «Sovereignty at Sea: The law and politics of saving lives in the Mare Liberum», cit.

(29) TONDINI, M., «Fishers of Men? The Interception of Migrants in the Mediterranean Sea and Their Forced Return to Libya», INEX Paper, octubre de 2010.

Las zonas SAR, donde cada Estado litoral tiene responsabilidad para el rescate, sirven de telón de fondo para el desarrollo de la frontera virtual emergente. España tiene una zona de responsabilidad por el rescate marítimo muy extensa en el Mediterráneo y el Atlántico, cubriendo más de 1.500.000 km^2. La zona SAR de Canarias constituye la mayoría de este área, cubriendo 1 millón de km^2 y llegando hasta las costas africanas(30). Las enmiendas al régimen internacional de búsqueda y rescate ya mencionadas refuerzan el papel del Estado con responsabilidad en zona SAR en cuanto al rescate y a la selección de puerto de desembarque. Esta «re-espacialización de alta mar», según GAMMELTOFT-HANSEN y AALBERTS, «ha abierto la puerta para una serie de estrategias de traslado de responsabilidad» («the respatialisation of the high seas has opened the door for a number of responsibility-shifting strategies»). Prueba de ello son las luchas entre Malta, Italia y Libia sobre quién debería ayudar a migrantes en el Mediterráneo(31). Pero el caso español, sobre todo en cuanto al rescate e interceptación en el Atlántico, resulta distinto. Aquí las responsabilidades de rescate han facilitado una justificación para la intervención, no una excusa para mirar para otro lado, ayudando así a extender la zona de intervención en combinación con los acuerdos bilaterales firmados con Mauritania y Senegal(32).

Esta diferencia de enfoque se ve también en la conceptualización de la embarcación de migrantes por parte de los agentes de salvamento y control fronterizo. Oficiales de Salvamento Marítimo y de la Guardia Civil hablan de los cayucos y las más pequeñas pateras y zodiacs, normalmente a tope de viajeros y construidos con materiales no comunes para esas travesías, como un «peligro para la navegación» o como «embarcaciones en apuros». Según un jefe de Salvamento Marítimo, los cayucos son como un autobús yendo por la carretera «sin frenos ni nada». «En la mar, si [detectas] una patera en peligro, la tienes que ayudar» aunque no pidan auxilio, añade. En el caso de Malta, como señalan GAMMELTOFT-HANSEN y AALBERTS, la definición de una embarcación «en apuros» es mucho más estricta, facilitando así una respuesta no humanitaria en alta mar(33). Mientras tanto, en el caso español, la consideración de cayucos como «náufragos» *a priori* facilita la intervención para con todas las embarcaciones de migrantes irregulares, sea en aguas del Estrecho, del Mediterráneo o del Atlántico. El discurso humanitario además refuerza la justificación del *deterrence* en costas africanas y da una imagen mucho más positiva a la labor de control fronterizo de España con sus vecinos mediterráneos. A través de esta obra «humanitaria-policial», la infraestructura de la frontera euroafricana adquiere un discurso legal e informal que la concretiza y justifica.

---

(30) Han existido controversias sobre la responsabilidad autonómica compartida con el Estado en la zona. Ver, p. ej., <http://www2.gobiernodecanarias.org/cmayot/medioambiente/centrodocumentacion/publicaciones/revista/1999/12/55/>.

(31) GAMMELTOFT-HANSEN, T., y AALBERTS, T.E., «Sovereignty at Sea: The law and politics of saving lives in the Mare Liberum», cit., p.16

(32) Como ya se ha mencionado anteriormente, estos acuerdos facilitan las patrullas conjuntas, además de la readmisión de migrantes irregulares. Ver GAGRIELLI, L., «Flux et contre-flux entre l'Espagne et le Sénégal. L'externalisation du contrôle des dynamiques migratoires vers l'Afrique de l'Ouest», cit.

(33) GAMMELTOFT-HANSEN, T., y AALBERTS, T.E., «Sovereignty at Sea: The law and politics of saving lives in the Mare Liberum», cit.

IV. GOLPES EN LA VALLA

Si el sector de la seguridad es clave en la construcción de la frontera euroafricana, la labor de éste existe en constante interacción con otros *border performances* o actividades fronterizas, de las cuales se considerará a continuación las de activistas por la libertad de movimiento. Se intentará dar una breve descripción de las conceptualizaciones de la frontera euroafricana a través de ejemplos etnográficos de protestas organizadas por una red de activistas africanos y europeos, poniendo en relieve la creciente reificación y concretización de la frontera euroafricana.

1. Localizando la frontera

En la frontera entre Malí y Mauritania aparecen las primeras señales del Sáhara: es un territorio pobre y caluroso, con pequeños pueblos aislados en el seco terreno del Sahel. En la ruta que une Ayoun-el Atrous en Mauritania y Nioro du Sahel en Malí, justamente en la frontera, se encuentra una pequeña población somnolienta y vacía, Gogui. En enero de 2011, un grupo transnacional de activistas llegó al pueblo. Alemanes, franceses, malienses y cameruneses descendieron del autobús y marcharon hacia la frontera, filmando para un futuro documental y para su página web. Fotos y vídeos de su marcha muestran banderas por la libertad de movimiento y pancartas contra Frontex que contrastan con el paisaje polvoriento. El ruido de tambores y gritos de *solidarité* corrían por el aire. Las pancartas decían «no a las expulsiones» y «por un mundo sin fronteras». Pero, ¿por qué decidieron protestar aquí, en el lugar más lejano posible de Madrid, Bruselas y Varsovia?

«En Kayes [al oeste de Malí] y en Nioro no hay nada, solo el viento que sopla en la calle, eso es todo», dijo uno de los organizadores, un maliense, en Bamako antes de salir para Gogui. Pero luego él y sus compañeros de las asociaciones activistas de Malí explicaron el porqué de la marcha en esta región: «Es una protesta contra la externalización», dicen. «Para nosotros, la frontera de la Unión Europea ha llegado hasta Gogui y a Tin Zaouten», en la frontera desértica entre Malí y Argelia. Como prueba de esto, los activistas señalan las expulsiones de migrantes subsaharianos llevadas a cabo por las autoridades mauritanas y argelinas. Éste ha sido el enfoque de un reciente estudio denunciando «las dos formas principales de la externalización, que son la deslocalización de controles y la subcontratación de la "lucha contra la inmigración irregular"»[34]. El informe critica también el «centro de acogida» de migrantes irregulares montado con la ayuda española en Nuadibú en Mauritania, donde son encerrados los «migrantes clandestinos» antes de ser llevados a las fronteras senegalesas y malienses con Mauritania, en Rosso-Senegal y Gogui respectivamente. En estos dos pueblos fronterizos, la Cruz Roja Española ha iniciado un proyecto de ayuda temporal a los migrantes.

Pero cuando los activistas llegaron a Gogui no había casi nadie: ni expulsados, ni trabajadores de la Cruz Roja, ni un gran despliegue de la policía fronteriza. Actualmente, pocos migrantes son expulsados por Gogui y Rosso en la frontera senegalesa. Esto se

(34) LA CIMADE, Prisonniers du désert. Enquete sur la situation des migrants à la frontière Mali-Mauritanie, París, 2010.

debe, en parte, al hecho de que Mauritania «se compromete» a seguir cooperando en temas migratorios, según Frontex (el centro de Nuadibú había empezado a caer en desuso ya en 2010). También se debe al cambio de rutas migratorias en 2010 desde la «ruta Atlántica» hacia la «ruta del Mediterráneo occidental», incluyendo la zona de operaciones Indalo en la franja litoral del Maghreb[35]. Algunos de los participantes en la marcha a Gogui eran migrantes en camino, *aventureros* en sus propias palabras, que ya habían sido expulsados de Argelia previamente. Durante la protesta anduvieron por los terrenos vacíos y desérticos de Gogui, denunciando la «frontera de la UE» donde menos se esperaba, intentando, a través de su *border performance,* definir y concretizar una frontera en una difícil estrategia de visibilización.

2. Localizando Frontex

Los activistas y migrantes no sólo iban en búsqueda de la frontera de la UE; también buscaban Frontex. Durante reuniones celebradas bajo el sol caluroso de la capital maliense, los activistas planeaban sus acciones durante y después de su «caravana por la libertad de movimiento y el desarrollo equitativo», saliendo de Bamako con destino al Foro Social Mundial en Dakar en febrero de 2011. Su objetivo principal era la realización de otra marcha en la capital senegalesa contra la «externalización» de controles fronterizos. «Hemos encontrado la oficina de Frontex en Dakar», exclamaba uno de los activistas europeos durante una reunión. Habían hecho sus reseñas en una visita reciente, y ya sabían dónde estaba el objetivo de sus protestas: las oficinas de DPAF, la policía senegalesa del aire y de fronteras, situadas en un gran edificio policial al lado del paseo marítimo, cerca del centro de Dakar.

Cuando la caravana finalmente llegó a la capital senegalesa, el cansancio era palpable entre los activistas; los duros terrenos fronterizos y el viaje largo y caluroso estaban afectando los ánimos. Pero habían conseguido, en el último momento, permiso para marchar «hasta Frontex» y se juntaron con activistas del resto del Foro Social Mundial cerca de la sede de DPAF. Policías antidisturbios les siguieron los pasos y les cercaron enfrente de DPAF, al lado del paseo marítimo, donde decidieron sentarse para bloquear la ruta. «¡Quieren un mundo sin fronteras, pero están creando una frontera aquí!» exclamó un residente, sonriendo mientras miraba el espectáculo desde la mezquita de al lado. Los trabajadores de DPAF se congregaron en los balcones y pasillos del edificio, mirando a los activistas transnacionales sentados abajo. Un activista europeo se coló y consiguió desplegar una pancarta desde el balcón de la tercera planta «aunque Frontex realmente está en la segunda planta». Los policías, algo molestos y perplejos, le hicieron retirar la pancarta. Los activistas daban discursos con megáfonos desde la calle, pero pocos espectadores y medios de comunicación aparecieron. Igual que en Gogui o en otra protesta realizada en el Este de Senegal, la «frontera euroafricana» y «Frontex» seguían siendo abstracciones para la población local.

En la búsqueda de vallas para golpear, los activistas habían hecho unas buenas investigaciones a través de su red de activismo transnacional. La segunda planta del edificio policial era donde se situaba la División de Lucha Contra las Migraciones Irregulares y Gogui

(35) Entrevista con el Risk Analysis Unit de Frontex, julio de 2011.

ha sido, hasta hace poco, un punto caliente en las rutas migratorias y de expulsión. Pero, ¿por qué marchar hasta DPAF y no al CCO, la Embajada Española o la Gendarmería?(36)

El sistema difuso y extenso descrito en este artículo, compuesto por las redes de comunicación, vigilancia y control, es difícil de localizar y definir. Frontex y la frontera euroafricana no son visibles, concretos, localizables, o al menos no lo son en su totalidad o en sus aspectos más significativos. En su labor de localizar y concretizar el trabajo fronterizo policial, los activistas intentaban reificar la frontera euroafricana y su primer impulsor, pero resultaba una tarea casi imposible: están en todos lados y en ninguno, en Varsovia, Madrid, Las Palmas, Dakar y Mauritania, y en los lazos invisibles que los unen.

V. CONCLUSIÓN: LA FRONTERA-EN-OBRA

España ha experimentado un éxito espectacular en la bajada de flujos migratorios irregulares hacia sus costas. Si en 2006 casi 32.000 inmigrantes llegaron a Canarias en cayuco, en el verano de 2011 apenas habían llegado 200 en lo que iba de año —y ninguno de ellos de África Occidental, sino de costas del Sáhara(37)—. Ya no salen los cayucos desde Senegal. Mientras tanto, en la zona del Estrecho sigue habiendo un «goteo» que está dentro de lo manejable, según la Guardia Civil. Sólo en la zona de Indalo persisten dudas; en 2011 las llegadas han subido en lo que parece ser un desplazamiento de rutas del ya muy patrullado trayecto Libia/Túnez a Lampedusa y gracias a la anterior «reactivación», en palabras de Frontex, de la ruta del desierto de Malí-Argelia. El éxito de los controles siempre es relativo: resurgirá la migración irregular, o resurgirá en otro lugar. «La migración no va a parar mientras haya el desnivel económico y demográfico», dice un oficial de policía español. Sólo es cuestión de ganancias más o menos duraderas, y siempre relativas, en la «lucha contra la inmigración irregular», como muestra la situación actual en el Maghreb y la «reactivación» de rutas migratorias en esta región.

Pero la frontera no es un simple juego de cifras. Desde los proyectos de vigilancia por satélite hasta las salas de control del SIVE, desde las patrullas conjuntas hasta los acuerdos bilaterales y su posible sucesor, acuerdos directos entre países terceros y Frontex actualmente en negociación, la frontera euroafricana sigue en obra.

El próximo paso se está tomando a través de Eurosur (European external borders surveillance system), un sistema integrado para la gestión conjunta de las fronteras exteriores de la UE(38). Por el momento, Eurosur se aplicará a la frontera sur de Europa y se enfocará en la migración irregular. Se están creando centros de coordinación nacional (NCCs) en

(36) El problema de obtener permisos jugaba, por supuesto, un papel clave en la selección del complejo de la policía como objetivo de la marcha, pero es significativo que se refirió constantemente a este complejo como «Frontex» o «la oficina de Frontex en Dakar».

(37) Para cifras completas, ver Frontex, Beyond the Frontiers, cit. pp. 34-35. Cifra para 2011 del ICC, Madrid.

(38) Ver <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l14579_en.htm>.

todos los países, incluyendo en la Comandancia de la Guardia Civil en Madrid, donde actualmente está situado el ICC.

No es fácil integrar los sistemas de vigilancia y compartir información, asegura uno de los principales impulsores del proyecto: «es un problema político, un problema de voluntad», no un problema tecnológico. Cada agencia quiere mantener su monopolio de información. Pero, lentamente, Eurosur y su interfaz se desarrolla, un sistema de vigilancia en pantalla que incluye información sobre «incidentes» y «alertas» de inmigración irregular, y más adelante análisis e información operacional, todo mediante un nuevo lenguaje visual. Estados miembros compartirán un mínimo de información de «interés común», mientras se prevé que Frontex ayude a proporcionar el llamado CPIP, el «common pre-frontier intelligence picture» (una visión común de la situación prefronteriza). A través de esta iniciativa y de la visión de una futura integración de Eurosur con la Red Seahorse se extendería formalmente la «práctica fronteriza» más allá de la frontera actual. Pero esto aún no es una realidad: oficiales de Frontex insisten en que su trabajo termina en las fronteras exteriores de los Estados Miembros de la UE[39]. La frontera euroafricana sigue siendo una zona de ambivalencia, una construcción difusa (como *borderland*) que a veces cobra visibilidad y legibilidad (como *borderline*).

Académicos como Elspeth GUILD han explorado la «migración de la soberanía» desde las fronteras territoriales de la UE a territorios de terceros países a través de los sistemas de vigilancia y control ya discutidos[40]. Esta migración de soberanía está jugando un papel clave en las relaciones tecnológicas, sociales y políticas que este artículo ha tratado: los dispositivos de control y el activismo transnacional. Enredado en estos dispositivos se encuentra el «migrante clandestino», figura elusiva y estadísticamente minúscula en relación a la totalidad de migrantes en situación irregular dentro de Europa, que sigue jugando un papel clave en la consolidación y reificación de los límites territoriales de la UE.

La frontera produce nuevas realidades, enredando la sociedad civil, policías y migrantes en una red de redes, un tejido complejo de acción y reacción[41]. Si la frontera euroafricana es constituida como una barrera difusa gracias a las prácticas fronterizas de profesionales de seguridad, esta labor está en constante relación con las redes de «migrantes clandestinos», de *facilitators* o pasadores y de la sociedad civil, incluyendo los activistas transnacionales de la caravana. El trabajo «humanitario-policial» crea una frontera que alterna entre lo visible e invisible, lo claramente delimitado y lo difuso, frustrando así los intentos por parte de activistas y migrantes de golpear la valla ilusoria.

---

(39) Como otros autores han señalado, la formulación «fronteras exteriores de los Estados Miembros» pone de relieve el papel principal que siguen empeñando las autoridades nacionales en el «juego soberano» en aguas europeas e internacionales

(40) GUILD, E., «Sovereignty on the Move: The Changing Landscape of Territory, People & Governance in the EU», presentación en LSE: London Migration Research Group Seminar Series, 4 de noviembre de 2008, p. 18.

(41) Esta «red de redes» incluye muchos otros actores que este artículo no ha podido considerar: el sector humanitario, liderado por las sociedades nacionales de la Cruz Roja y la Media Luna Roja; el sector de asistencia y acogida, incluyendo una gran gama de ONGs y agencias de desarrollo; el sector mediático; y el sector de investigaciones académicas y similares, del que el presente artículo forma parte.

XI. LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS DESDE LA UNIÓN EUROPEA (DE LA DECISIÓN MARCO 2002/629/JAI A LA DIRECTIVA 2011/36/UE). ESPECIAL REFERENCIA AL ÁFRICA OCCIDENTAL

Dra. Dulce M.ª Santana Vega

Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN

La lucha contra la trata de seres humanos desde la Unión Europea (de la Decisión Marco 2002/629/JAI a la Directiva 2011/36/UE). Especial referencia al África Occidental

Las migraciones regulares, sobre todo las circulares, se proponen, por definición, que la movilidad incorpore la noción de posibilidad de regreso al país de origen, facilitando la movilidad reiterada, potenciando la creación de redes norte-sur, dificultando la fuga de cerebros y, en suma, capitalizando la experiencia migratoria como elemento de difusión del conocimiento, crecimiento económico y desarrollo social global. Sin embargo, todo este esquema se ve alterado cuando, bajo engaño, violencia, intimidación o abusando de la minoría de edad del inmigrante se le explota sexual o laboralmente, atrayéndolo hacia países del primer mundo con falsas promesas de ofertas de trabajo, que encierran, en realidad, situaciones de secuestro de los inmigrantes por parte del explotador, desarrollando aquellos su actividad en condiciones infrahumanas, y sin posibilidad de retornar libremente a los países de origen hasta saldar lo invertido en él y sin que, en muchas ocasiones, haya beneficio económico alguno para la víctima, y sin que tribute por tal actividad clandestina el explotador.

Palabras clave: tráfico de seres humanos, Decisión Marco 2002/629/JAI de la Unión Europea, Directiva 2011/36/UE, protección de víctimas, África occidental.

ABSTRACT

The fight against trafficking in human beings from the European Union (2002/629/JHA Framework Decision Directive 2011/36/UE). Special reference to West Africa

Circular or simple regular migration proposed by definition that incorporates the notion of possibility to come back to the country of origin, facilitating the mobility-law, promoting the creation of North-South networks, making the brain drain and, ultimately, capitalizing on the migration experience as component of dissemination of knowledge, economic growth and social development globally. However, this hole scheme is altered when, by deception, violence, intimidation or abuse the minority of immigrant labour or sexual exploitation them, luring them into first world countries with false promises of jobs, which contain in actually, hostage situations of immigrants by the operator, developing its activity in those inhuman conditions, and unable to freely return to their countries or origin to settle the amount invested in it and without, in many cases have economic benefit for the victim, and no tribute for such clandestine activity the operator.

Key words: human trafficking, Council Framework Decision 2002/629/JAI, Directive 2011/36/EU, protection of victims, west Africa.

SUMARIO

I. LA TRATA DE SERES HUMANOS: CONTEXTUALIZACIÓN AFRICANA.

II. LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS EN EL ÁMBITO EUROPEO: CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS.

III. ANÁLISIS DE LA CONFORMACIÓN DEL TIPO BÁSICO DE TRATA EN LA DIRECTIVA 2011/36/UE.

1. **Bien jurídico-penal protegido.**
2. **Conductas a tipificar por los Estados miembros.**
3. **Sujetos del delito.**
4. **Parte subjetiva del tipo.**
5. **Tipo negativo.**

IV. SUBTIPOS AGRAVADOS.

1. **Víctima particularmente vulnerable.**
2. **Trata cometida en el marco de una organización.**
3. **Puesta en peligro de la vida de la víctima.**
4. **Uso de violencia grave o causando a la víctima daños particularmente graves.**
5. **Trata cometida por funcionario público en el ejercicio de sus funciones.**

V. PENALIDAD.

VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DEL DELITO DE TRATA.

VII. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS.

I. LA TRATA DE SERES HUMANOS: CONTEXTUALIZACIÓN AFRICANA

Prescindiendo de orígenes más remotos, como las situaciones de esclavitud durante las épocas griega y romana, el precedente más significativo de la trata de personas en África hay que situarlo durante la etapa colonial. En este momento histórico se asiste, de forma masiva, a una comercialización de hombres, mujeres y niños, los cuales son desarraigados de sus aldeas de origen para ser vendidos en el viejo continente europeo o, sobre todo, en América para su explotación laboral, sobre todo, en tareas agrícolas. Estamos, por tanto, ante un viejo problema que resurge con una nueva dimensión y al que se le pretende dar una nueva respuesta, caracterizada, fundamentalmente, por una más intensa sensibilización y cooperación internacional.

El fenómeno de la trata de seres humanos se incardina, como sucede en otros fenómenos sociales, en la dinámica norte-sur u occidente-oriente, si bien es especialmente

preocupante la situación que sufre África, ya que su pobreza endémica favorece la proliferación de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral y sexual en todo el continente(1). De esta forma, se advierte un importante aumento de la *trata interna* debido, fundamentalmente, a la fuerte degradación del sector agrícola, lo que ha propiciado la captación de mujeres y hombres en el campo para ser explotados en las ciudades. No obstante, resulta más preocupante la *trata externa,* la cual se produce tanto entre los propios países africanos, como desde éstos hacia otros continentes. Concretamente, la trata de personas se ha expandido con virulencia en Ghana, Nigeria, Etiopía y Mali, donde se capta a mujeres y niños para trabajar en la industria del sexo, en la economía sumergida o en el servicio doméstico de países europeos (España, Italia, Países Bajos) y del Oriente Medio.

Según la Oficina sobre Drogas y Crimen de Naciones Unidas (UNODC)(2), los países del África occidental que en mayor número contribuyen a la trata de personas en dirección a la Europa occidental son Nigeria y Ghana. Sin bien tradicionalmente era Asia la que mayor número de personas tenía afectadas por la trata de personas, en los últimos años se observa, según un informe del Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica, un incremento en zonas como el este y norte de África, siendo la agricultura estacional y la industria del sexo las principales actividades en las que las personas traficadas son utilizadas(3).

Las formas de explotación y las rutas no son estáticas, sino que varían según las épocas, la demanda y los mecanismos de control que se establecen en los diferentes estados. Según UNICEF alrededor del 32% de la explotación que afecta a menores de edad es africana. Aproximadamente unos 16 millones de niños son explotados en la prostitución, la mendicidad o laboralmente, incluyéndose también en esta cifra la explotación como soldados, resaltando en esta cantidad un 40% de niñas(4). Según INTERPOL, en algunos países de África se ha incrementado la trata de niñas para uso interior, debido a la creencia de que las relaciones sexuales con infantas vírgenes curan el SIDA o que, en todo caso, se tiene menos peligro de contagio de tal enfermedad o de otras enfermedades venéreas, creencia esta última también compartida en otras zonas del mundo(5).

Por lo que se refiere a la trata de personas hacia Europa procedentes de África occidental, en ella las mujeres inmigrantes sufren una «vulnerabilidad acumulada» que comienza en sus países de origen y se alarga durante todo su viaje, donde concurren todos los facto-

---

(1) BALES, K., La nueva esclavitud en la economía global, Siglo xxi de España Editores, 2000, p. 1 y ss.; p. 89 y ss.

(2) Oficina sobre Drogas y Crimen de Naciones Unidas (UNODC), «Trafficking in persons: global patterns», abril, 2006, pp. 88, 89 y 103.

(3) RIBANDO, C., «Trafficking in persons: U.S. Policy and Issues for Congress», Congressional Research Service, 20-6-2007, p. 10.

(4) UNICEF, «Training Manual to fight trafficking in Children for labour, sexual and other forms of exploitation», <www.unicef.org/spanish/protection/files/CP_Trg_Manual_Textbook_2.pdf>, p. 7 y ss., según el citado trabajo, en África occidental y central hay una gran cantidad de niños y niñas que son víctimas de la trata de menores y cuyo destino es principalmente el trabajo doméstico, aunque también son explotados sexualmente o empleados para trabajar en comercios o en granjas. Casi el 90% de estos trabajadores domésticos procedentes de la trata de personas son niñas.

(5) INTERPOL, «Trata de mujeres para explotación sexual», Manual para investigadores, <http://polis.osce.org/library/details.php?doc_id=2659&lang_tag=EN&qs=%2Flibrary%2Fresults.php%3Fga%3D%26p%3D76&lang=es>.

res posibles que conducen a la violencia sexual. En concreto, en países como Marruecos, un país «de bloqueo», donde los inmigrantes permanecen de forma indefinida, sin poder avanzar —por las leyes migratorias de la UE— ni retroceder —por la situación que han dejado atrás— las situaciones de explotación son frecuentes(6). Por último, de alcanzar la ansiada Europa en pateras, cayucos, barcos negreros, bajos de camiones, etc., no interceptados, la ilegalidad en la que se encuentran estas personas las condenan a condiciones de vida infrahumana o acabando, en muchas ocasiones, en manos de las redes de explotación laboral o sexual, usados como «manteros» o en el menudeo de la droga.

II. LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS EN EL ÁMBITO EUROPEO: CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS

La lucha en el ámbito comunitario contra la trata de personas es una consecuencia del art. 29 del Tratado de la Unión(7), el cual dispone como finalidad de la misma el establecimiento de un espacio de libertad, justicia y seguridad a través de la prevención y la lucha contra la delincuencia en materia de terrorismo, *trata de seres humanos*, delitos que afecten a la infancia, tráfico de drogas y armas, corrupción y fraude, estableciéndose como mecanismos para su consecución la aproximación de las legislaciones nacionales y así conseguir la compatibilidad entre las normas existentes entre los distintos estados de la Unión Europea (art. 31.1 TU)(8).

El principal instrumento utilizado para conseguir una aproximación entre las legislaciones penales nacionales en materia penal en la Unión Europea han sido la decisión marco y, en menor medida, la directiva. A través de ambas se ha buscado obtener mayores niveles de vinculación y obligatoriedad dentro de un tercer pilar (el espacio de libertad, seguridad y justicia) reorganizado por parte de los Estados miembros. Para ello se incluyen unos mínimos tanto en lo que respecta a la determinación de los supuestos de hecho de los tipos que han de ser castigados en las legislaciones nacionales como en lo relativo a las penas,

---

(6) Según Médicos sin Fronteras, «**Violencia sexual y migración: la realidad oculta de las mujeres subsaharianas atrapadas en Marruecos de camino a Europa**», se estima, mediante un censo que realizó la organización en enero de 2010, que actualmente hay **al menos 4.500 inmigrantes subsaharianos en Marruecos.** De estos, **el 39% de los entrevistados durante el censo ha reconocido haber sufrido algún tipo de agresión en Marruecos**. De ellos, el 85% lleva entre uno y cinco años en este país y los porcentajes son un 70% hombres, un 20% mujeres y un 10% niños.

(7) Fuera de la UE, el precedente más reciente y significativo en la lucha contra la trata de seres humanos se halla en el Anexo II de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, la cual, en su art. 3, da un concepto de trata en el que se han basado tanto la Decisión Marco como la Directiva (Anexo II, Sección I, Artículo 3, 44-45); *cfr.* DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley Temas, Madrid, 2007, p. 173 y ss.; LLORIA GARCÍA, P., «Apuntes sobre la evolución normativa internacional en materia de trata de personas con fines de explotación sexual», *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos,* R. Serra Cristóbal (ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 308.

(8) Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones: «Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal», de 20 de septiembre de 2011 (573), p. 2.

respecto a las cuales se establecen los mínimos de los máximos que han de ser impuestos, a la manera de unas normas penales en blanco comunitarias(9).

En concreto, por lo que a la lucha contra la trata de personas respecta, habría que destacar la Decisión Marco 2002/629/JAI, la cual ha sido recientemente sustituida por la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, las cuales, dentro del limitado espacio de este trabajo, constituirán el objeto central de análisis del mismo.

Sin embargo, el reiterado proceso de aproximación no está exento de problemas. Así, al retraso con el que algunos países van adaptando sus legislaciones nacionales a las pautas comunitarias de armonización penal(10) habría que añadir los derivados del incumplimiento por parte de los Estados de los parámetros establecidos en las Decisiones Marco, debido, básicamente: a la tradición jurídico penal de cada país europeo, a los particularismos o contextos locales, a las dificultades técnicas motivadas, fundamentalmente, por intentar mantener la coherencia interna del propio sistema nacional que se puede ver alterado por la adopción de las directrices penales comunitarias (por ejemplo, mantener la proporcionalidad interna de las penas contenidas en el Código entre los distinto delitos, la coherencia entre la Parte general y la Especial, etc.).

Por último, habría que recalcar que el principio de *ultima ratio* del Derecho penal lleva a recordar la necesidad de una acción integral o transversal en la lucha contra la trata de seres humanos, en la que el Derecho penal es sólo el último recurso(11), a lo que se refiere

---

(9) Si bien en el caso de las decisiones marco al proceder éstas del Consejo —órgano ejecutivo—, presentan un déficit de legitimidad democrática como mecanismo armonizador de la normativa penal de los Estados miembros, habiendo la UE abusado de ellas, en detrimento de las más democráticas Directivas, las cuales son objeto de una propuesta por parte de la Comisión, después son aprobadas por el Consejo y el Parlamento Europeo, siguiendo el procedimiento legislativo ordinario o un procedimiento legislativo especial. De esta afirmación es muestra la Disposición Final Sexta de la reciente Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código penal español, en la que se afirma que la citada reforma incorpora a su texto 7 Decisiones Marco y tan solo 2 Directivas. Cfr., entre otros, CUERDA RIEZU, J.L., «¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?», Hacia un Derecho penal europeo. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann, BOE, Madrid, 1995, p. 621; TERRADILLOS BASOCO, J., «Sistema penal y criminalidad internacional», en Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santo. In Memoriam. L. Arroyo Zapatero (ed.); I. Berdugo Gómez de la Torre (coord.), v. I, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, 762.

(10) Así, España dio cumplimiento a la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19-7, mediante la LO 5/2010, cuando, según la citada Decisión Marco, el plazo de aplicación de la misma expiraba el 1 de agosto de 2004, por lo que, en la práctica, se ha solapado la adaptación del Código penal a la Decisión Marco de 2002, realizada con más de siete años de retraso, con la publicación de la nueva Directiva 2011/36/UE, la cual sustituye a la Decisión Marco de 2002. Críticamente antes de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, PÉREZ ALONSO, E., Tráfico de personas e inmigración clandestina de personas (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 335 y ss. La Directiva de 2011 prevé (art. 22) como fecha tope para dar cumplimiento a la misma el 6 de abril de 2013.

(11) Cfr., ROXIN, C., «Franz von Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs», (1969), in Strafrechtliche Grundlagenprobleme, C. Roxin, Walter de Gruytier, Munich, 1976, 45. En este sentido, el Considerando (4), in fine, reconoce que: «Deben preverse otras medidas como el apoyo a la elaboración de indicadores generales comunes de la Unión para la identificación de las víctimas de la trata de seres humanos, mediante el intercambio de buenas prácticas entre todos los participantes, en particular los servicios sociales públicos y privados».

también la citada Directiva[12]. De poco servirá su punición si ésta no va precedida y acompañada, en el ámbito nacional, de la dotación de medios adecuados a los servicios sociales y de la especialización de los profesionales judiciales y administrativos que intervienen en su lucha, así como en el ámbito internacional, de una adecuada cooperación entre los países de origen y tránsito, con los de destino, estableciéndose entre éstos medidas comunes para afrontar la lucha contra tales delitos. A este respecto, el Ministerio del Interior español ha elaborado un «Plan Interministerial de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual: Análisis de Situación y Plan de Acción», el cual se marcó como período de actuación el de 2009 a 2012[13].

En el mismo sentido, dada la naturaleza de los delitos que abarcan, la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, con mayor intensidad que la Decisión Marco 2002/629/JAI que sustituye, se propone no sólo abordar la lucha contra este tipo de delitos en un ámbito regional europeo[14], sino también acometer «… una acción mundial contra la trata de seres humanos… En este contexto deben emprenderse acciones en los terceros países de los que son originarias o a los que se transfieren las víctimas con objeto de concienciar a la población, reducir la vulnerabilidad, apoyar y asistir a las víctimas, combatir las causas últimas de la trata y ofrecer apoyo a esos terceros países para la elaboración de una legislación apropiada de lucha contra la trata»[15].

III. ANÁLISIS DE LA CONFORMACIÓN DEL TIPO BÁSICO DE TRATA EN LA DIRECTIVA 2011/36/UE

Objeto central, tanto de la Decisión Marco sustituida como de la Directiva 2011/36/UE, es la fijación de los *elementos constitutivos comunes* que habrán de tener los delitos de trata

(12) Así su Considerando (6) dispone: «Los Estados miembros deben fomentar y colaborar estrechamente con las organizaciones de la sociedad civil, entre ellas las organizaciones no gubernamentales reconocidas y activas en este ámbito que trabajan con personas víctimas de la trata, en particular en el marco de las iniciativas políticas, las campañas de información y concienciación, los programas de educación e investigación y en la formación, así como en la observación y evaluación de la incidencia de las medidas de lucha contra la trata».

(13) MINISTERIO DEL INTERIOR, «Plan Interministerial de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual: Análisis de Situación y Plan de Acción», 2007, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, p. 1 y ss. Críticamente, GARAIZABAL, C., «Una mirada crítica del plan español contra la trata», *Pensamiento Crítico* (mayo-junio), 2009, p. 202.

(14) En este sentido, el Considerando (5) de la Directiva establece que «Las autoridades policiales de los Estados miembros deben seguir cooperando para reforzar la lucha contra la trata de seres humanos. A este respecto es esencial una estrecha cooperación transfronteriza, que incluye la puesta en común de información y de buenas prácticas, así como un diálogo abierto continuo entre las autoridades policiales, judiciales y financieras de los Estados miembros. La coordinación de las investigaciones y de las actuaciones judiciales en los casos de trata de seres humanos debe ser facilitada por una mayor cooperación con Europol y Eurojust, la creación de equipos conjuntos de investigación y la aplicación de la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales».

(15) Cfr., también «Documento orientado a la acción sobre la intensificación de la dimensión exterior de la Unión en materia de actuación contra la trata de seres humanos: Hacia una acción mundial de la UE contra la trata de seres humanos», adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2009.

de personas que se establezcan por cada Estado miembro de la UE al abordar la punición de tales conductas (arts. 2 y 3 de la Directiva) tanto en lo relativo a los supuestos de hecho como a sus consecuencias jurídicas.

1. Bien jurídico-penal protegido

La trata de personas es conceptuada en el ámbito internacional como un delito contra los derechos humanos, reconocimiento que también se ha incorporado en el Considerando (1) de la Directiva 2011/36/UE[16].

El Considerando (3) de la Decisión Marco 2002/629/JAI sustituida señalaba de forma clara como bien jurídico-penal a proteger por el delito de trata la dignidad de la persona, la cual más que un derecho fundamental en sí constituye el marco y denominador común de todos ellos, pero que como bien jurídico-penal se entiende como integridad moral. Por el contrario la Directiva 2011/36/UE realiza una manifestación más vaga a este respecto (Considerandos 11, *in fine*, y 33).

Mientras que la Decisión Marco 2002/946/JAI, de 28-11, está destinada a reforzar el control de los flujos migratorios extracomunitarios mediante la punición de los que trafican con extracomunitarios con independencia de si éstos prestan o no su consentimiento —el cual concurre en la mayoría de los casos—, tanto la Decisión Marco 2002/629/JAI como la Directiva 2011/36/U, protegen la libertad y la dignidad de las personas objeto de la trata en el contexto de la desigualdad económica, social o interpersonal, con la finalidad de evitar su cosificación y/o mercantilización, por lo que su punición presupone la no concurrencia del consentimiento de las personas o que aquél esté viciado.

2. Conductas a tipificar por los Estados miembros

La Directiva 2011/36/UE reproduce las mismas conductas a castigar que contenía la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19-7, y que serán las que los Estados miembros habrán de articular en la punición de la trata de seres humanos. Éstas son las de: *captación, transporte, traslado, acogida, subsiguiente recepción, incluyendo el intercambio o el traspaso del control sobre las personas*.

Como se puede observar, la enumeración de conductas a tipificar es amplia y comprensiva, más característica de la técnica legislativa utilizada para la protección penal de los bienes jurídicos penales supraindividuales que de la protección de bienes jurídico-penales individuales como la dignidad y la libertad. Tal amplitud viene aquí fundamentada por el ámbito transnacional y, en muchas ocasiones, con el soporte de una organización, con el que se desarrolla la trata de personas, intentándose con tal enumeración de acciones captar

(16) Sin embargo, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2002/629/JAI, de 19-7 (Considerando 3) la calificaba como «una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana», lo que motivó que autoras como ORTEGA GÓMEZ, M., «Trata de seres humanos en el Derecho de la Unión Europea», en *Libro Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, v. II, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 1199, llamaran la atención sobre la degradación que hacía la Decisión Marco con relación a la Convención de las Naciones Unidas (supra n. 7), que la consideraba como una infracción de los derechos humanos.

las diferentes etapas a través de las cuales se desarrolla la trata de personas. Pero es, precisamente, esta finalidad amplia y comprensiva lo que la hace incurrir en reiteraciones, pues transportar y trasladar son términos prácticamente idénticos, al igual que sucede con los de acogida y recepción.

Por **captar** se entiende cualquier conducta realizada por medios materiales o intelectuales que oriente a la víctima hacia los fines típicos perseguidos por el sujeto activo, coincidiendo con la acepción 4.ª del DRAE de atraer o ganar la voluntad o el afecto de alguien.

Tanto **transportar** como **trasladar** suponen llevar o conducir a una persona o grupo de ellas de un sitio a otro, con independencia, a los efectos de apreciar este delito, de si hay o no cruce de fronteras.

Acoger se define en este contexto (2.ª DRAE) como servir de refugio o albergue a alguien, siendo equivalente a **alojar**, si bien éste puede denotar mayor perdurabilidad en el tiempo.

Por **recibir**, tratándose de personas, habrá que entender, por exclusión de los anteriores: salir al encuentro de una persona (DRAE 7-9) y será, por lo general, absorbido en los casos que subsiga un acoger o alojar, o cuando anteceda al transportar o trasladar.

Por último, por lo que se refiere al **intercambio o traspaso del control sobre la persona** objeto de la trata, podría considerarse incluida en las anteriores de trasladar o transportar si el intercambio o traspaso del control fueran acompañados de la entrega material de la persona. Sin embargo, en aquellos casos de *traditio ficta*, esto es, de venta no acompañada de entrega o traslado material de la persona, habría una laguna de punibilidad si no se incluyera tal modalidad de conducta (por ejemplo, mujer senegalesa encerrada en un burdel que es traída a España para su prostitución, siendo luego vendida al nuevo propietario como un elemento más del citado burdel y sin llegar a salir de la habitación en la que permanece encerrada).

Caben las **formas imperfectas de ejecución**, pues los verbos típicos las admiten y, expresamente, tanto la sustituida Decisión Marco (art. 2), como la Directiva (art. 3) instan a los Estados miembros a que adopten «las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la tentativa» en este delito. Esta declaración no es necesaria en estados, como España, en los que se castiga, en todo caso, la tentativa de los delitos con pena inferior en uno o dos grados al delito consumado en función de la peligrosidad de la acción y el grado de ejecución alcanzado (artículos 14 y 62 del CP español). Pero sí se precisa tal disposición para aquellos otros estados en los que la tentativa es facultativamente punible, caso de la República Federal de Alemania, cuyo § 23 del StGB establece que la tentativa será punible sólo en los casos en los que la ley expresamente lo determine.

Sin embargo, debido al referido sentido omnicomprensivo de las conductas recogidas por este delito serán de difícil apreciación las formas imperfectas de ejecución. Piénsese en un traslado que va a realizarse en autobús o barco interceptado antes de que accedan al medio de transporte las personas objeto de la trata. En el caso de que el transporte fuera a ser realizado por el que captó a las mujeres el tipo ya estaría consumado por la realización completa de la actividad de captación, aunque se hubiera frustrado la fase posterior del transporte. Solo en el caso de que fueran realizadas las conductas de captación y de trans-

porte por personas distintas cabría castigar por tentativa al transportista y por consumación al captador[17].

Las conductas típicas mencionadas, tratándose de *víctimas mayores de edad*, habrán de realizarse a través de algunos de los **medios determinados** siguientes (art. 2.1.II de la Directiva):

a) Mediante la amenaza, el uso de la fuerza o de otras formas de coacción.

Dentro de esta modalidad estaría incluida la realización de cualquiera de las conductas típicas señaladas ejecutadas: con acometimiento material sobre la persona que va a ser objeto de la trata, limitando su capacidad de obrar (coacción); con violencia psíquica, esto es, la intimidación o la amenaza de un mal futuro o incierto que podrá recaer sobre la víctima o sobre persona a ella especialmente vinculada (padres, hijos, hermanos, cónyuges, amigos íntimos, etc.), alterando su libertad de motivación y decisión.

En cuanto a la fuerza, por contraposición a las otras modalidades, abarcaría, dada la naturaleza del delito, tanto la violencia menos grave (en contraposición con la grave que constituye, como se verá, un subtipo agravado) sobre la integridad física del sujeto pasivo, como la ejercida sobre las cosas, por ejemplo destruir casas, vehículos, etc. propiedad de la víctima o de su familia o realizar cualquier otro acto de menoscabo de la capacidad de obrar de estas personas mediante la limitación de su disponibilidad sobre objetos de su patrimonio, por ejemplo, cortar el agua o la luz de una vivienda[18].

b) Mediante el rapto.

Este delito y el *nomen iuris* que lo designaba han sido erradicados desde hace años en legislaciones como la española (Ley 46/1978, de 7-10), por anacrónico y discriminatorio, ya que en la concepción original del término designaba la privación de libertad sólo referida a una mujer, honesta y con fines de naturaleza sexual. En la actualidad, habrá de ser entendido como la detención ilegal de una persona sometida a la trata con cualquiera de las finalidades características de la misma y cuya punición sólo se realizará por separado en la medida que entrañe un plus de antijuridicidad.

c) Engaño o fraude.

Ambas expresiones se refieren a la utilización de medios que inducen a error al sujeto pasivo, víctima de la trata, para así obtener su consentimiento —viciado—. La diferencia entre el engaño y el fraude habría que sustentarla sobre el elemento económico, pues mien-

---

(17) En España no sólo se va a castigar la tentativa de trata, sino que también está previsto el castigo de los actos preparatorios, las también denominadas resoluciones manifestadas o formas de participación intentada, esto es, la conspiración, la proposición y la provocación para cometer el delito de trata (art. 177 bis.8, en relación con los arts. 17 y 18 del Código penal español), anticipando así el legislador español la intervención penal más allá de los límites prefijados por la Decisión Marco y la Directiva con relación a este delito, en la tentativa. Críticamente, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Artículo 177 bis», en Comentarios al Código Penal, Manuel Gómez Tomillo (Dir.), Lex Nova, 2010, p. 704.

(18) A este respecto, la Jurisprudencia española viene admitiendo como modalidad de coacción la fuerza en las cosas (cortes de suministro eléctrico, del agua, cambio de cerraduras, etc., cfr. también: STS 348/2000, de 28-2, o de 17-11-1997, recientemente, aplicando tal doctrina inconcusa la SAP Palma de Mallorca, 1.ª, 205/2011, de 9-6).

tras que el engaño es un concepto genérico que no lo presupone necesariamente, el fraude sí (piénsese en la persona que entrega una cantidad de dinero a una falsa agencia de colocación para obtener un trabajo en cualquier país de la Unión Europea o como comisión para buscarle un marido, siendo posteriormente empleada como chica de alterne o explotada en una producción agrícola).

d) Abuso de poder.

Esta modalidad ejecutiva es heredera de la expresión *«abuso de autoridad»* que recogía la Decisión Marco(19). Sin embargo, la nueva expresión que adopta la Directiva de 2011 parece haber zanjado la dualidad público-privado, decantándose, exclusivamente, por la faceta estrictamente pública. En este sentido, habrá abuso de poder en aquellos casos en los que el sujeto activo sea funcionario, autoridad pública o agente de ésta y se prevalga de tal condición para ejecutar el delito de trata, siempre que no actúen en el ámbito de su competencia, ya que si no se estará ante el subtipo agravado(20).

e) Abuso de una situación de vulnerabilidad.

Tanto la Decisión Marco sustituida como la Directiva de 2011 realizan una interpretación auténtica, estimando por tal aquélla en la que «la persona en cuestión no tiene otra alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso» (arts. 1.1.c de la Decisión Marco y, en el mismo sentido, art. 1.2 de la Directiva). Dentro de esta referencia se encontrarían no sólo las situaciones de dificultades económicas graves, sino también las asistenciales, las políticas o de cualquier otra índole en la que la persona no vea más salida que la del sometimiento a la explotación que directa o veladamente se le propone.

f) Mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona con el fin de explotarla.

En esta modalidad de comisión del delito se recoge el denominado precio, recompensa o promesa de traducción económica en la obtención —dación— del consentimiento de quien tiene ascendencia sobre la futura víctima de la trata que, por tal motivación crematística, la entrega a sus explotadores. Concurriendo tal motivación económica, serán castigados no sólo los que «entregan», sino también las personas que reciben los pagos o beneficios (familiares, tutores, cuidadores, parejas, etc.).

Suele ser frecuente en países del tercer mundo o en vías de desarrollo, o en ambientes de marginalidad de los países desarrollados, asociados, sobre todo, a la drogadicción, que los padres entreguen a sus hijos, bien angustiados por la situación económica de la familia o propia, bien por la dependencia de las drogas para con el dinero que les dan poder adquirirlas, o cuando no por creer, incluso, que al entregarlos a las mafias les están dando mejores condiciones de vida futura, en cuanto que, al menos, van a tener «un trabajo» y un porvenir.

---

(19) Término que podría ser entendido tanto en un sentido público (autoridad pública, agente de ésta y funcionario) o en una acepción privada (autoridad paterno-filial, moral, docente y asimiladas, etc.).

(20) En los últimos años, y en lo relativo al control de fronteras y de la consiguiente cooperación internacional a tal efecto, se ha asistido a la ampliación del concepto de funcionario público (Frontex, patrullas mixtas, etc.).

Ninguno de estos medios comisivos acabados de exponer serán necesarios, según establecía la Decisión Marco y reitera la Directiva (arts. 1.3 y 1.5, respectivamente) para cometer el delito de trata de seres humanos en el caso de que las conductas típicas afecten a **menores**, entendiendo como tales, a estos efectos, a las personas menores de dieciocho años (art. 2.4 DM). En consecuencia, la Decisión Marco configura al delito de trata como un tipo de medios determinados cuando se comete sobre personas mayores de dieciocho años y resultativo cuando afecta a menores de esta edad[21].

3. Sujetos del delito

El delito de trata de seres humanos viene configurado como un delito común, esto es, puede ser **sujeto activo** del mismo cualquiera.

Debido a la diversidad legislativa penal existente entre los Estados miembros en materia de intervención delictiva, tanto la Decisión Marco como la Directiva de 2011 (art. 3) hacen referencia expresa a la conveniencia de que sea castigado en este delito no sólo el autor, en sentido estricto, esto es, aquél que ejecuta directa y materialmente el delito, teniendo el dominio del hecho, sino también el ***inductor*** (el que instiga y determina a otro a cometer un delito, haciendo surgir en él la idea criminal) y el ***cómplice*** (entendiendo por tal aquél que coopera a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos de carácter no necesario o sustituibles).

Sin embargo, nada dice la Decisión Marco sobre la figura del *cooperador necesario* (entendido como aquel que colabora con el autor con una contribución necesaria o difícilmente sustituible), equiparado al autor, en ordenamientos penales como el Código penal español (art. 28), por lo que habrá que entender también incluida en la citada recomendación de punición al cooperador necesario, sobre todo porque su contribución reviste una mayor gravedad que la complicidad, caracterizada por ser, precisamente, una cooperación no necesaria[22].

En la línea de otras decisiones marco y directivas, las que abordan la punición de la trata de personas instan a los Estados miembros a que en este delito se prevea la **responsabilidad de las personas jurídicas** (arts. 5 y 4, respectivamente), con la sola exclusión, recogida en la mayoría de las legislaciones que reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de las de Derecho público y de las organizaciones internacionales publicas, y dejando un amplio margen a los Estados miembros en la configuración de la citada responsabilidad como administrativa o penal.

Tanto la Decisión Marco de 2002 como la Directiva de 2011 siguen un sistema de heteroresponsabilidad. Esto es, para que la persona jurídica responda por el delito de trata de seres humanos será necesario que tal delito sea cometido en beneficio de la persona jurídica, siempre que la persona física actúe: a título individual, como parte de un órgano de la persona jurídica, o como un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, y,

---

(21) Llama la atención que la Directiva se refiera primero a «niño», para luego interpretar legalmente el concepto de «menor». De lo que hay que deducir que los equipara (arts. 1.5 y 1.6).

(22) Sobre la determinación de lo esencial o accesorio de tal contribución a través de la teoría de los bienes escasos, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Ed. Facultad de Derecho, Madrid, 1966, p. 155 y ss.

en este último supuesto: (a) con poder de representación de dicha persona jurídica, (b) con autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o (c) con autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica.

Tanto la Decisión Marco como la Directiva que la sustituye conciben la responsabilidad penal de las personas jurídicas no sólo por comisión, sino también en *comisión por omisión*. Por ello recomiendan que la responsabilidad penal de éstas se extienda a aquellos supuestos en los que *la falta de vigilancia o control* por parte de una de las personas físicas que se hallen al frente de las personas jurídicas haya hecho posible que los subordinados cometan un delito de trata de seres humanos, siempre que se haya realizado en beneficio de la persona jurídica.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, sino que es cumulativa a la de la persona jurídica en cuyo nombre y provecho se actúa (cfr. art. 3 de la Acción Común 98/733/JAI, de 21-12).

Llama la atención que tanto la Decisión Marco como la Directiva que la sustituye hagan responsables a las personas jurídicas *únicamente* del tipo básico del delito de trata («las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3»), olvidando los subtipos agravados del art. 4 que perfectamente podrían serles aplicables a éstas, por lo que con ello parece establecerse un doble nivel de responsabilidad: más intenso en el caso de las personas físicas, y de menor intensidad en el caso de las personas jurídicas.

Sujeto pasivo podrá serlo cualquier ser humano con independencia de su nacionalidad. No obstante, los supuestos en los que sea un nacional —e incluso un comunitario o residente legal— el que esté siendo objeto de explotación laboral o sexual, pese a su situación de necesidad, serán los menos frecuentes, debido al conocimiento y más fácil acceso de éstos a los diversos recursos sociales o jurídicos ante las situaciones de necesidad.

En efecto, como se ha puesto de manifiesto en los estudios internacionales citados, la mayor parte de las víctimas del delito de trata de seres humanos proceden de países del tercer mundo en donde la falta de expectativas económicas, la violación de los derechos humanos y la consiguiente necesidad de emigrar los convierten en fáciles víctimas de este delito, siendo captados bien en sus países de origen o ya en los del mundo desarrollado como residentes ilegales.

En este contexto destaca, en un porcentaje significativamente elevado, el número de víctimas mujeres, con relación al de hombres, sobre todo cuando se trata de explotación sexual y, según la actividad económica, también en la laboral. No hay que olvidar que las mujeres están especialmente afectadas por: la feminización de la pobreza, debido a la discriminación que sufren en el acceso a la educación, a la actividad laboral y al resto de recursos en gran parte de los países del tercer mundo y en vías de desarrollo; y a la feminización, casi absoluta, del negocio de la prostitución. Las zonas a las que son traídas estas personas en los supuestos de explotación sexual son las grandes ciudades del mundo desarrollado, los núcleos turísticos o los aledaños de las bases militares, en las que la demanda es alta[23].

(23) RIBANDO, Congressional Research Service, 2007, p. 7.

Especial atención le presta también la Directiva a los menores, como sujetos pasivos de este delito, entendiendo por tales a los menores de dieciocho años, los cuales, al ser más vulnerables, tienen más riesgos de ser víctimas de trata. En este sentido, y sintonizando con los instrumentos a ellos referidos, se proclama la necesidad, en la aplicación de la Directiva y de las disposiciones nacionales que la transpongan, del «superior interés del menor», castigando con más penas los actos de trata a ellos referidos (Considerando 8).

4. Parte subjetiva del tipo

La parte subjetiva del tipo del delito de trata de seres humanos habrá de abarcar no sólo el dolo, conocer y querer la realización de las conductas típicas previstas, sino que también será necesario que el sujeto activo persiga, con su realización, cualquiera de las finalidades de explotación mencionadas, tanto cuando el tráfico afecte a adultos como a menores. Sólo será posible, en consecuencia, que este delito sea cometido por dolo directo, pudiendo configurarse como un tipo de resultado cortado o mutilado en dos actos según que sea el mismo u otro sujeto quien vaya a realizar las finalidades de explotación indicadas en el delito[24].

Las finalidades que se recogen en la Directiva de 2011 se han incrementado con relación a la enumeración más exigua de la Decisión Marco de 2003, y son las siguientes:

a) Finalidad de explotar el trabajo o los servicios forzados de una persona, incluida la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre o la mendicidad.

Esta modalidad viene caracterizada por la imposición de condiciones laborales degradantes que cosifican al ser humano, llegándolo a convertir en un objeto de compra-venta, en cuanto se les niega a las víctimas los más elementales derechos en la prestación de un trabajo digno por una persona libre[25]. Es indiferente que se trate de un trabajo por cuenta ajena o de prestaciones de servicios por cuenta propia.

En cuanto a la *mendicidad*, aquí se incluirían solo los supuestos en los que un tercero explota forzadamente, esto es, sin el consentimiento de quien la ejerce, la petición y recaudación de limosnas, quedándose el explotador con todo o parte de lo recaudado. La valoración del consentimiento prestado habrá de valorarse caso por caso, si bien el otorgado por los menores no será nunca válido (Considerando 11 de la Directiva). Así mismo, cuando se trate de menores de edad será indiferente que la finalidad sea que el propio menor practique la mendicidad de forma independiente o que sea utilizado en meras labores de acompañamiento para incitar a la conmiseración ajena y obtener una mayor recaudación, ya que una u otra modalidad dependerá, sobre todo, de la edad del menor.

---

(24) LUZÓN PEÑA, D.M., Curso de Derecho penal, Parte general, v. I, Universitas, Madrid, 1996, p. 309; MIR PUIG, S., Derecho penal, Parte general, Reppertor, Barcelona, 2008, p. 226.

(25) Cfr., a este respecto, la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

b) Finalidad de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.

Tanto la Decisión Marco como la Directiva definen la explotación sexual como la consistente en la explotación de una persona con fines de prostitución. Sin embargo, mientras que la segunda alude además «a otras formas de explotación sexual», la Decisión Marco aludía de forma específica a espectáculos pornográficos o producción de material pornográfico (art. 2), realizada sin o con consentimiento viciado de la víctima (arts. 187, 188 y 189 CP). Con la fórmula más indeterminada de la Directiva se persigue que la utilización de un concreto *nomen iuris* no sea obstáculo para incluir variantes nacionales que materialmente se incluyan en las finalidades penadas(26).

Como se pone de manifiesto en informes de diversas organizaciones no gubernamentales(27), en la prostitución ha habido una transformación fundamental: el paso de una prostitución de carácter individual y ámbito local, a la que podríamos denominar «prostitución tradicional», a otra «prostitución organizada y transnacional», de carácter más complejo, asociada al crimen organizado y a la realización conjunta de otros delitos como el tráfico de armas o drogas.

Este tipo de nueva prostitución se hace especialmente visible en los propios anuncios en prensa de los países europeos en los que éstos todavía se permiten, caso de España, como también en las personas que la ejercen en locales, hoteles, o en las calles o parques de las ciudades. En todo caso, como se pone de manifiesto en el informe de la ONG más arriba mencionada, el 90% de la prostitución que se ejerce en España y en la Europa occidental, tanto en la calle como en locales, es extranjera. De ella, más del 50%, por lo que a España se refiere, es latinoamericana (especialmente, brasileñas y colombianas), una tercera parte procede de los países del Este de Europa, fundamentalmente de Rumania, Rusia y Ucrania, y el resto procede, en su mayoría, del África subsahariana(28).

Supliendo las lagunas de la Decisión Marco, la Directiva incluye dos nuevas finalidades en la trata de seres humanos.

c) Finalidad de extracción de órganos.

Esta finalidad no fue incluida en la Decisión Marco, pese a que venía recogida en la Convención de la ONU, a la que siguió el Código penal español incluyéndola (art. 177 bis). Tendrán la consideración de órganos también los tejidos, en cuanto parte de los mismos. Pero tal finalidad no incluirá la de *extracción de sangre* o la extracción de *óvulos*.

Tampoco se ha incluido, pese a su gravedad, la trata de personas para experimentaciones médicas, quirúrgicas o farmacológicas no consentidas, las cuales se suelen desarrollar

(26) Así, en el caso de la legislación penal española podría considerarse también incluidos los delitos de exhibicionismo y provocación obscena (arts. 185 y 186), cuando los sujetos son obligados («ejecutare o hiciere ejecutar») a realizar las acciones allí tipificadas: exhibición forzada en escaparates de sex-shops.

(27) Por todas, MÉDICOS DEL MUNDO, «Programas para personas en situación de prostitución», 2010, <www.medicosdelmundo.org>.

(28) CUESTA GARCÍA, M.ª L., «El perfil criminológico del tráfico para la explotación sexual en España», en Trata de personas y explotación sexual, Mercedes García Arán (ed.), Comares, Granada, 2006, p. 127.

también, clandestinamente, en países del tercer mundo o en vías de desarrollo, así como por personas marginales o desvalidas de los países desarrollados.

d) Finalidad de explotación para realizar actividades delictivas.

Esta finalidad constituye una novedad sin precedentes en la Decisión Marco o en la Convención de las Naciones Unidas. La razón de su introducción se halla en la realidad criminal que acontece en los países de la Europa occidental con relación a la inmigración procedente de los países del Este o de Centro y Sur de América en donde cabecillas de bandas que ya operan en estos países de origen emigran como avanzadilla de la posterior llegada a la Unión Europea de los demás miembros de la banda o de la propia familia.

Sin embargo, con ser preocupantes y significativas las cifras de criminalidad que tal fenómeno genera, el mismo no encaja en la estructura de la trata que requiere por parte del que va a ser sometido a la trata falta de consentimiento o consentimiento viciado, lo que no ocurre con los secuaces de una banda o miembros de familias dedicadas a delinquir, salvo que se trate de menores (caso de familias rumanas que en España dedican a sus hijos menores de edad penal —incluso menores de 14 años— a realizar pequeños hurtos).

Aclara la Directiva en el Considerando 11, después de realizar una enumeración *ad exemplum* de supuestos (carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares), que tales actividades delictivas han de tener dos requisitos: estar castigadas con pena e implicar una ganancia económica. No obstante, tal acotación interpretativa resulta de un lado irrelevante, pues toda infracción criminal está castigada con pena y de otra es de difícil asunción, ya que el art. 2.3 de la Directiva que menciona tal finalidad nada dice sobre que la finalidad criminal deba limitarse a delitos económicos. Es más, carecería de toda lógica que se considerara trata de seres humanos el destinar a unas personas forzadamente a robar y no cuando se las obligara a matar o lesionar a otras personas. Por lo demás, en muchas ocasiones la finalidad delictiva concurrirá conjuntamente con otras como la de la explotación sexual (mujeres destinadas a la prostitución a las que se les obliga también a robar a los clientes), lo cual de concurrir habrá de reflejarse, al suponer un plus de antijuridicidad, en la individualización de la pena.

e) Otras finalidades.

El Considerando 11, *in fine*, alude a que «La definición incluye asimismo la trata de seres humanos que tiene como objeto… otras conductas como, por ejemplo, la adopción ilegal o los matrimonios forzados, en la medida en que concurran los elementos constitutivos de la trata de seres humanos». Sin embargo, estas finalidades, a diferencia de las recogidas en los apartados anteriores, no se vuelven a explicitar en el art. 2.3 al referirse a las finalidades de la trata, lo que supone un notable despiste por parte del legislador comunitario.

En consecuencia, la finalidad de matrimonios forzados sólo podrá castigarse cuando afecte a menores protegidos en su indemnidad o libertad sexual, según los límites de edad recogidos en cada Estado miembro.

Por último, por lo que se refiere a la *venta de niños* para la adopción, concepto más restrictivo que el de *adopción ilegal*, éste es un fenómeno emergente en los últimos años ante la escasez de menores de corta edad en los países europeos para ser dados en adop-

ción, debido no sólo a la postergación de la maternidad y la paternidad en los mismos, sino también debido a las nuevas restricciones establecidas en las adopciones internacionales por los países asiáticos, del Este de Europa, así como de Sudamérica. Sin embargo, la venta de niños para ser adoptados no está incluida *per se* en ninguna de las finalidades recogidas en el reiterado art. 2.3, salvo que se especifique expresamente como tal en la concreción nacional del delito por cualquier Estado miembro, ya que las finalidades que se recogen en el citado precepto son una exigencia de mínimos.

5. Tipo negativo

Como lo hacía la Decisión Marco que le precedió, la Directiva de 2011 aclara que el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos no se tendrá en cuenta cuando se haya obtenido recurriendo a los medios indicados en el tipo básico (violencia, intimidación, engaño…). Sin embargo, pudieran darse casos de *estados de necesidad,* al menos disculpantes, según la Doctrina mayoritaria, cuando concurriera igualdad valorativa entre el bien jurídico salvado y el sacrificado[29] (padre, cirujano de profesión que extrae un riñón de un donante vivo caboverdiano para luego transplantarlo a un hijo u otro familiar próximo, en grave peligro de muerte, sin ánimo de lucro por parte del padre, incumpliendo los requisitos legales).

IV. SUBTIPOS AGRAVADOS

Al igual que la sustituida Decisión Marco de 2003, la Directiva de 2011 prevé agravaciones del tipo básico cuando concurran las circunstancias que se señalan a continuación.

1. Víctima particularmente vulnerable

Dado que la vulnerabilidad de la víctima de la trata es consustancial al tipo básico, el fundamento de la agravación en este subtipo viene determinado por el adverbio «particularmente», el cual habrá de ser entendido en el sentido de que la situación en la que se encuentre la víctima sea *especialmente grave,* lo cual se podrá apreciar cuando en la víctima de la trata concurran varias causas de vulnerabilidad: por ejemplo indigente extranjero, mujer residente ilegal embarazada, persona menor con discapacidad intelectual o física, etc.

Por su parte la Decisión Marco (art. 7.2) incluía, con relación a los menores de edad, una interpretación legal de la especial vulnerabilidad, considerando que el menor era especialmente vulnerable cuando éste *esté por debajo de la mayoría de edad sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o de ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía*. Con ello se hacía referencia a menores entre los 13 y los 16 años, según la legislación

(29) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., Estudios de Derecho penal, Tecnos, Madrid, 1990, p. 114; MIR PUIG, S., op. cit., p. 455.

estatal de cada país. Por lo que a España respecta la intangibilidad o indemnidad sexual se fija en los menores de 13 años, de manera absoluta, y en determinados comportamientos por debajo de los 18 años. La fundamentación de esta agravación y del entendimiento de la existencia de un plus de antijuridicidad hay que buscarla en la concepción de que por debajo de cierta edad existe una indemnidad sexual de los niños, esto es, un derecho de éstos a no ser involucrados en ningún contexto sexual, debido a que por su edad no tienen la suficiente madurez física y psíquica para entender y afrontar las relaciones sexuales y sus consecuencias.

Sin embargo, el art. 4.2.a) de la Directiva de 2011 se limita a incluir «como mínimo a los menores», sin realizar ninguna otra especificación, por lo que habrá que entender que cualquier trata que recaiga sobre menores habría que constituir, con independencia de la edad del menor y la finalidad perseguida, un subtipo agravado.

2. Trata cometida en el marco de una organización

En la conceptuación de la organización delictiva la Directiva de 2011 se remite a la Decisión Marco 2008/841/JAI, la cual deroga la Acción Común 98/733/JAI a la que se remitía la Decisión Marco sustituida por la Directiva. Según el artículo 1.1 de la citada Decisión Marco se entenderá por organización delictiva:

> «… una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material»[(30)].

De la citada conceptuación se desprende que no habrá organización: si la misma está constituida por un solo miembro, si se ha constituido por primera vez para la consecución de un único delito, o si no ha transcurrido cierto tiempo desde su conformación, aspectos todos estos criticables en cuanto pueden dejar al descubierto lagunas de punibilidad.

En todo caso, coinciden los autores en señalar que la organización ha de superar el ámbito estructural de la mera coautoría, siendo necesaria una red estable y jerarquizada con subordinación de medios materiales y personales para tal fin[(31)].

En las legislaciones europeas el castigo del elemento organización se articula sobre la base de distinguir entre la mera pertenencia a aquélla y la de ocupar puestos de mando en la misma, lo que se evidencia por la mayor capacidad de afectación del bien jurídico-penal

---

(30) En todo caso, la Directiva de la Trata se remite, a efectos agravatorios, exclusivamente, a la «organización delictiva», por lo que no se entendería incluida en tal concepto la «asociación estructurada» a la que alude también la citada Decisión Marco de 2008, diferenciándola de aquélla.

(31) DE LA MATA BARRANCO, N., «Criminalidad organizada en la Unión Europea: criminalidad económica y criminalidad sexual», Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología (15), 2001, p. 45; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada» La Ley (6), 1999, p. 1 y ss.

puesta de manifiesto por la toma de decisiones, la dación de órdenes, directrices, o por tratarse de personas ante las cuales se rinden cuentas.

3. Puesta en peligro de la vida de la víctima

Tanto la Decisión Marco como la Directiva se refieren exclusivamente a la puesta en grave peligro de la vida. Por lo tanto, sin perjuicio de ser castigados los efectivos menoscabos que sufriera la integridad física o psíquica, como los de la vida de la víctima de trata, mediante el concurso de delitos, no habrá lugar a incluir en este subtipo agravado la mera puesta en peligro de la integridad física o psíquica de la persona objeto de la trata, salvo que, por su gravedad, fueran demostrativos de la afectación sin éxito de la vida.

En ambas disposiciones comunitarias se preveía y prevé que la puesta en peligro de la vida de la víctima de trata pueda producirse tanto dolosamente («de forma deliberada»), como por *negligencia grave*. Sin embargo, esta última modalidad del tipo subjetiva se aviene mal con la gravedad de las penas impuestas y con la propia dinámica comisiva del tipo básico, sobre la que se han de asentar los subtipos agravados, caracterizados por la exigencia del dolo directo de primer grado. En todo caso, de preverse la modalidad negligente la pena debería ser inferior a la prevista para la modalidad dolosa.

Sin embargo, a diferencia de la Decisión Marco, la Directiva no exige que la puesta en peligro de la vida sea grave, por lo que podrían incluirse supuestos de escasa entidad delictiva que, como en el caso de la previsión de la imprudencia, no serían propios de un subtipo agravado, y que de incluirse tendrían una difícil delimitación con el tipo básico, además de tener que ir acompañados en su previsión punitiva de una minoración de la pena con relación a los supuestos en los que la puesta en peligro fuera grave.

4. Uso de violencia grave o causando a la víctima daños particularmente graves

El subtipo agravado del uso de *violencia grave* presenta como principal escollo su delimitación respecto a la puesta en peligro de la vida de la víctima, la cual puede tener como medio comisivo el ejercicio de la violencia de cierta entidad, por lo que ambos subtipos agravados se podrían, prácticamente, solapar.

En cuanto a la *causación de daños particularmente graves*, la vaguedad de tal expresión plantea el problema de dilucidar si estos daños se refieren a la integridad física de una persona, no referidos como se vio en el subtipo agravado anterior, o sobre las cosas. Aunque la expresión sea poco afortunada, ya que el término daños va referido, generalmente, a las cosas, y es más correcta la utilización del término «lesiones graves», nada impediría su inclusión en esta modalidad de agravación. Pero tampoco sería descabellado que las legislaciones nacionales incluyeran como subtipo agravado la comisión de la trata causando menoscabo en la propiedad de la víctima o de un tercero estrechamente vinculado con aquélla (estragos, daños, incendios, etc.), siempre que revistan una especial gravedad. Esta tesis además se vería abonada por la más arriba señalada modalidad comisiva básica de la utilización de *fuerza*.

5. Trata cometida por funcionario público en el ejercicio de sus funciones

Este subtipo agravado no fue recogido por la Decisión Marco relativa a la trata de seres humanos. Sin embargo, esta omisión no impidió que legislaciones como la española, en coherencia con otras figuras delictivas similares como las que penalizan el tráfico ilegal o las migraciones clandestinas, incluyeran la agravación de prevalerse de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, pero sin exigir una actuación en el ejercicio de sus funciones. Con la inclusión de tal especificación por parte de la Directiva se reduce el ámbito de actuación de tal agravación, pues para aplicarla no bastará que el sujeto activo funcionario se prevalga de tal condición, sino que además se exigirá que lo haga en el ámbito de su competencia (inspector de trabajo que hace la «vista gorda» con relación a ciudadanas africanas encerradas en un prostíbulo donde son obligadas a prostituirse, omitiendo levantar acta).

V. PENALIDAD

En cuanto a las consecuencias jurídicas del delito, se propone, con fórmula reiterada en los instrumentos comunitarios, que las legislaciones nacionales incluyan sanciones *efectivas, proporcionadas y disuasorias,* calificativos reiteradamente recogidos en los instrumentos comunitarios de contenido penal, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. La fórmula utilizada en estos casos es la de «la pena máxima como mínimo» o «duración máxima de la menor», esto es, las decisiones marcos y directivas suelen indicar a los Estados miembros el mínimo que se estima necesario para alcanzar los objetivos a escala comunitaria, suponiéndose así que cada Estado no se va a exceder en la imposición de la pena que es necesaria a tal efecto(32).

Tanto la Decisión Marco que se ocupa de la punición del favorecimiento del tráfico ilegal de inmigrantes como la que regulaba la trata de personas, pese a la mayor gravedad de esta última, establecían el mismo marco penal para ambos tipos básicos: el de *hasta 8 años*, poniéndose así de manifiesto la mayor preocupación de la Unión Europea por el control de los flujos migratorios que por la dignidad del ser humano objeto de la trata, la cual, por lo general, no afectará a sus ciudadanos, sino a los de terceros estados, ya que como se expuso más arriba, los estados europeos lo son de recepción y no de emisión de personas víctimas de la trata.

Sin embargo, la Directiva de 2011 reduce la pena del tipo básico a una pena privativa de libertad de *una duración máxima de al menos 5 años* y eleva a la de al menos *hasta 10* los años de privación de libertad en los casos de subtipos agravados, por lo que no sólo

(32) Sin embargo, en la práctica, estos topes no siempre se han respetado. Así, en una materia próxima e interconectada con la trata de seres humanos, la Decisión Marco del Consejo 2002/946/JAI, de 28-11, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular, en los casos de tráfico ilegal o inmigración clandestina, obligaba a imponer penas privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando concurriera ánimo de lucro, el cual debería integrar el tipo básico. Sin embargo, el 318 bis del Código penal español, que afirmaba seguir tal Decisión Marco, impone una pena de 4 a 8 años al tipo básico, configurado sin ánimo de lucro, pasando éste a conformar un subtipo agravado.

no se corrige la paridad punitiva existente entre trata e inmigración ilegal sino que, con relación al tipo básico de la trata, se agrava el problema, infraprotegiendo a las víctimas de trata en relación con la protección penal dada al derecho fronterizo o control de los flujos migratorios por parte de la UE.

Curiosamente, ni en la Decisión Marco ni en la Directiva se establece pauta alguna con relación a la *no expulsión* de los condenados por el delito de trata de blancas, por lo que los Estados miembros podrían aplicarla, con los efectos criminógenos nada deseables que ello conlleva (reiteración de conductas delictivas con más experiencia, datos e información a aplicar en las ulteriores acciones que se realicen), sin olvidar los nefastos efectos que se producen en la prevención general y especial al ejecutar la expulsión en delitos de tanta gravedad, limitándose la Directiva de 2011 a recordar la no devolución con arreglo a la Convención de Ginebra 1951 sobre Estatuto de los Refugiados.

Con relación a las *personas jurídicas*, la Decisión Marco insta a cada Estado miembro a que adopte las medidas necesarias —administrativas o penales— para garantizar que la persona jurídica considerada responsable sea castigada con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, aludiendo así a los mismos principios que se establecen con relación a las personas físicas.

Las sanciones previstas para las personas jurídicas habrán de incluir *multas*, las cuales se erigen en la pena estrella para las personas jurídicas. Estas multas, como la propia responsabilidad de la persona jurídica, podrán tener carácter penal o administrativo. La referencia a este carácter dual de la multa o del resto de las sanciones que se enumeran a continuación es debida a que no en todos los Estados miembros de la Unión Europea se recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si bien puede considerarse como el modelo mayoritario.

La Directiva recoge, en paralelo a las penas privativas de derecho de las personas físicas, otras sanciones, como son: la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales; el sometimiento a vigilancia judicial; la medida judicial de liquidación; el cierre temporal o definitivo de establecimientos utilizados en la comisión de la infracción.

Por último, consciente del entramado económico al que suele dar lugar o en el seno del cual se realiza la trata y de sus pingües beneficios, el art. 7 hace especial mención a la necesaria regulación por parte de los Estados miembros del embargo y decomiso de los instrumentos y productos utilizados y/o procedentes de la trata.

VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DEL DELITO DE TRATA

Los principios que van a regir la aplicación espacial de este delito o, lo que es igual, la jurisdicción de los tribunales nacionales, según establece el art. 10 de la Directiva de 2011, se determinarán por:

a) El principio de territorialidad, esto es, los tribunales de los Estados miembros serán competentes para conocer del delito de trata de seres humanos cuando la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en el territorio de un Estado miembro. A este prin-

cipio se le configura como el eje central y preferente de la futura aplicación de las legislaciones penales nacionales.

b) El segundo principio adoptado en la Decisión Marco es el de **personalidad** («el autor de la infracción sea uno de sus nacionales»). Este principio presenta como principal escollo, de cara a erradicar lagunas de punibilidad, la exigencia del principio de doble incriminación, según el cual para castigar a los nacionales de uno de los Estados de la UE por los delitos cometidos en el extranjero cuando éstos regresen a su territorio nacional, será necesario que la conducta sea punible en ambos estados: aquél en donde lo cometió y en el estado del que es nacional (v. gr. español que durante años se encarga en Gambia de una red de captación de mano de obra esclava para ser traída a España y tras dos años regresa a España).

En todo caso, el art. 10.3 de la Directiva insta a los Estados de la Unión a que no hagan depender la persecución de estos delitos de la doble incriminación, ni de la previa deposición de la víctima en el lugar en el que se cometió el delito o de una denuncia del Estado del lugar en donde se cometió(33).

Por otra parte, habría que recordar en este punto que pese a que la mayoría de los Estados miembros tienen hecha reserva tanto en sus constituciones nacionales como en el Tratado Europeo de Extradición de 1957, en lo relativo a la no entrega de sus nacionales, lo cierto es que la euro-orden ha venido a dejar sin efectos estas excepciones y la aplicación misma del citado Tratado, simplificando y despolitizando la entrega de los presuntos delincuentes que se encuentran en un Estado miembro distinto de aquél que insta la euro-orden. Con ello, la euro-orden se configura como un instrumento más para articular el espacio de libertad, seguridad y justicia dentro de la unión política europea, reservando la extradición, en su conformación clásica, para las relaciones de la Unión Europea con terceros países(34).

c) En el caso de que un Estado miembro quiera ***ampliar*** **el ámbito competencial** de sus tribunales más allá de los criterios indicados tendrá que ponerlo en conocimiento de la Comisión(35).

Ni la Decisión Marco, ni la Directiva, pese a la gravedad del delito objeto de la misma, han considerado conveniente apostar por el *principio de universalidad* que declararía competentes a los tribunales de cualquier Estado miembro frente al responsable, nacional o extranjero, de este delito, sea cometido en su territorio o fuera de él, a diferencia de lo sucedido con el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no

(33) Mediante convenios internacionales suscritos, sobre todo, por estados desarrollados, se ha ido derogando la exigencia de la doble incriminación, tal como sucede con los delitos de explotación sexual y pornografía infantil, pudiendo ser castigados en sus respectivos países los nacionales que hayan cometido tales infracciones criminales en países extranjeros en donde estas conductas no constituyan delito. El art. 2.2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI establece que la orden de detención y entrega rige para la trata de seres humanos sin necesidad de que tenga lugar un control de doble tipificación de los hechos entre los estados miembros (cfr. también STJCE de 3 de mayo de 2008).

(34) CARRERA HERNÁNDEZ, J., «Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea», Revista Electrónica de Estudios Internacionales (14), 2007, pp. 3 y 19.

(35) Los criterios de ampliación competencial que se recogen en el art. 10.2 son: nacionalidad o residencia habitual de la víctima, residencia habitual en el territorio de un Estado miembro del sujeto activo del delito, actuación en beneficio de una persona jurídica establecida en el territorio de un Estado miembro.

trabajadores. Con ello se pone de manifiesto la mayor preocupación de la Unión Europea por la contención de los flujos migratorios que por la actuación frente a la trata de seres humanos.

No obstante, y al menos con relación a España, tampoco han faltado autores que han considerado preferible optar por el principio de personalidad, ampliado con la referencia no sólo a la nacionalidad, sino también a la residencia legal en España del presunto culpable, en los casos de abuso y explotación sexual de menores, al considerar desmesurado el alcance que tiene el principio de universalidad en la legislación penal española (art. 23 LOPJ)(36).

En aquellos casos en los que *la infracción haya sido cometida en provecho de una persona jurídica establecida en un territorio nacional* parece regir un criterio mixto de territorialidad y de personalidad, no explicitado en el articulado, pero sí referido en el Considerando 16.

Por último, no quedan vinculadas por esta Directiva, ni a su adopción, por las respectivas posiciones adoptadas en relación con el espacio de libertad, justicia y seguridad, Reino Unido e Irlanda, y, por los artículos 1 y 2 del Protocolo anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, queda también excluida de su adopción Dinamarca.

VII. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

En la trata de seres humanos constituye un problema central el evitar que las investigaciones policiales y judiciales generen un proceso de victimización secundaria en los sujetos pasivos de este delito(37). De ahí, que sea tan importante adoptar medidas tendentes a la inmediata protección de las víctimas(38).

Estas medidas han de estar presididas por dos pautas: seguridad y confidencialidad. Esto es así por tres razones. En primer lugar, hay que proteger la vida e integridad física y libertad de las víctimas de la trata para no ser así doblemente victimizadas: por el delito y por las represalias que pudieran sufrir procedentes de los tratantes hacia ellas mismas o sus familias.

En segundo lugar, respeto a la privacidad e intimidad de las víctimas que fueron explotadas, sobre todo en el caso de la explotación sexual; es necesario evitar la difusión de noticias respecto de ellas, ya que las estigmatizarían y humillarían aún más y las condenarían a una marginación social no deseable.

---

(36) TAMARIT I SUMALLA, J.M., La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 163.

(37) DE LEÓN VILLALBA, F.J., Tráfico de personas e inmigración ilegal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 80 y ss.

(38) GARCÍA VÁZQUEZ, S., «Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: las desprotección de las víctimas», Revista de Derecho Constitucional Europeo (10), 2008, p. 270.

Por último, la protección de las víctimas es también un medio para no entorpecer la investigación del delito y no perjudicar los ulteriores resultados del proceso, el cual sólo tendrá posibilidades de éxito si hay una suficiente recopilación de pruebas y testimonios. De hecho, suele suceder que quienes se saben en situación irregular y bajo la espada de la expulsión, aunque estén siendo tratados como esclavos laborales o sexuales, prefieran, en muchas ocasiones, no denunciar y seguir en esta situación, bien por miedo a las mafias que con ellos tratan, bien porque abrigan la esperanza de labrarse en el primer mundo un futuro mejor tras haber saldado su «deuda» con sus explotadores, o bien porque temen la miseria, las consecuencias políticas o policiales que les esperan en sus países de origen si regresan.

Consciente de todo ello, la Directiva de 2011, supliendo las raquíticas previsiones que sobre aquéllas contenía la sustituida Decisión Marco, tal como venía exigiendo la Doctrina[39], y sin perjuicio de remitirse, en aspectos sobre todo de extranjería, a las previsiones de la Directiva del 2004 (*infra*), recoge un amplio catálogo de disposiciones tendentes a la protección de las víctimas para que sean adoptados por los Estados miembros, entre las que podemos destacar:

a) **La persecución de oficio de los delitos de trata**, no siendo necesario que la víctima ejercite la acción penal, ni se condicione su persecución a declaración alguna previa de la víctima, sino que de ello se ocupará el Ministerio Público (arts. 9 y 10.3.c), garantizándose también el asesoramiento y la representación legales gratuitos (art. 12).

b) **La protección de las víctimas desde una perspectiva de género y de atención a la diversidad.** El legislador comunitario es consciente de que las mujeres y los hombres son a menudo objeto de trata de diferente manera y con diferentes fines, o que unos y otros pueden tener necesidades especiales (enfermedades físicas o psíquicas, embarazos, etc.). Así, por ejemplo, la explotación sexual arroja un balance claramente negativo para aquéllas en las cifras de la trata con tal finalidad, mientras que en la explotación laboral sectores como la construcción y, en menor medida, la agricultura, tienen como principales afectados a los hombres, no así en el servicio doméstico, donde es sensiblemente superior el número de víctimas femeninas. En consecuencia, dado que los factores de disuasión y atracción pueden ser diferentes según el sexo afectado, resulta lógico que las medidas de asistencia y apoyo deban ser también diferentes según el sexo de la víctima y los fines de la trata.

c) Destaca, así mismo, la preocupación por **evitar o minorar los efectos victimizantes durante la etapa policial y judicial** tanto para los adultos como para los niños que han sido objeto de la trata, previéndose al efecto la adopción de toda una serie de medidas durante la investigación del delito y la tramitación del procedimiento, sin olvidar tampoco la necesaria dimensión asistencial y tuitiva durante estas etapas.

d) Es de destacar la previsión del **desistimiento de la acción penal o de la exención de la pena** con relación a las víctimas de la trata cuando se hayan visto obligadas a ejecutar o a participar en la ejecución de conductas delictivas como consecuencia directa de haber sido objeto de las conductas de trata (por ejemplo, por las lesiones causadas a sus captores o explotadores).

---

(39) *Cfr*., por todos, ORTEGA GÓMEZ, *L-Homenaje Abellán Honrubia*, 2009, p. 1216.

e) Por último, es de resaltar la especial atención que se le otorga a **las víctimas menores de edad**, presidida por el superior interés del menor, diferenciándolos en su tratamiento entre los que están acompañados y los no acompañados, destacando la especial preocupación no sólo por los aspectos asistenciales, sino también por la adopción de medidas tendentes a evitar la prescripción de los delitos de trata contra ellos cometidos(40).

Estas disposiciones vienen a complementar las recogidas en la Directiva 2004/81/CEE, de 29-4, del Consejo de Europa, que permiten solicitar la **suspensión de la ejecución de la expulsión** y **la concesión de autorizaciones de trabajo y residencia con carácter excepcional** a las víctimas, personas perjudicadas o testigos de actos de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, tráfico ilícito de mano de obra o explotación de la prostitución, cuando denuncien o colaboren con las autoridades policiales o judiciales en la lucha contra las redes organizadas, tras un período de reflexión para que la víctima se recupere y se libere de la influencia de sus captores y pueda decidir si quiere colaborar con las autoridades de los estados miembros. Si durante el período de reflexión la víctima contacta voluntariamente con los captores, concluirá el período de reflexión. Además, dada la precaria situación en la que se encuentran las víctimas durante el procedimiento, se prevé que la tramitación de estos permisos sea preferente.

(40) La Directiva de 2011 remite también al artículo 4 de la Decisión Marco 2001/220/JAI, disposición que contiene un conjunto de garantías y derechos que se han de observar en la dación de información a las víctimas de los delitos desde el primer momento de contacto con las autoridades policiales (lengua comprensible, acceso a asesoramiento jurídico, mecanismos de apoyo social, indemnizaciones, etc.).

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Asilo: solicitante nacional de Mali. Denegación de solicitud: relato genérico e impreciso; falta de acreditación de situación de persecución incardinable en los motivos de protección de la Convención de Ginebra. Permanencia por razones humanitarias: no se aprecian razones de tipo humanitario concretas y vinculadas a un riesgo real de desprotección por razón de conflictos de carácter político, étnico o religioso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**
Fecha: **1 de junio de 2011**
Recurso Contencioso-Administrativo: **1145/2010**
Ponente: **D. Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández**
Voz: **Denegación de asilo a nacional de Mali: inexistencia de la persecución alegada**

En efecto, del relato ofrecido, sumamente genérico e impreciso, no se desprende la existencia de una persecución concreta e individualizada en la persona de la recurrente, sin que se ofrezcan en la demanda datos o elementos que particularicen una persecución en el ámbito de la situación que describe. La parte recurrente alega una persecución que de ser cierta no tiene otra causa que un conflicto sobre tierras en la localidad de origen, sin que, según manifestó, impetrase el auxilio de las autoridades.

Más bien, este Tribunal considera que la petición del asilo del recurrente obedece a razones de distinta naturaleza de las alegadas, pues todo apunta a que su venida a España trae causa de la compleja situación étnica, social y económica por la que atraviesa Mali, siendo significativo que formulase la solicitud de asilo transcurrido más de un año desde que entró en España.

(...)

Las razones humanitarias no se refieren a cualquier razón de tipo humanitario, sino que necesariamente tienen que estar vinculadas a un riesgo real de desprotección por razón de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso. Debe apreciarse, pues, si existen razones o circunstancias incompatibles con el disfrute de los derechos inherentes a la persona, caso de que ésta tuviera que volver a su país. Las razones humanitarias, según los términos establecidos en la Ley, aun cuando se interprete la expresión ampliamente, deben ser suficientemente precisas en relación con la situación personal del interesado y la situación del país de origen o procedencia, pues no atienden a razones de humanitarismo imprecisas o genéricas.

(...)

En nuestro caso, no existen condiciones que permitan considerar que concurran alguna o algunas de las circunstancias a que se ha hecho referencia, de modo que carecería de fundamento la adopción de la medida interesada.

En suma, pues, cumplidos los requisitos y trámites previstos en la normativa reguladora, no apreciando la Sala motivos que acrediten la existencia de persecución, o su temor fundado a

padecerla, por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, con lo cual no concurre el presupuesto necesario para el reconocimiento del derecho a asilo conforme a lo previsto en el artículo 1.A.2, párrafo primero, de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, y en el artículo 1.2 del Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, Instrumentos internacionales ambos a los que expresamente se remite la Ley de Asilo, y no apreciándose tampoco motivos relevantes que permitan acceder a la permanencia en España, procede desestimar el recurso.

Asilo: solicitante nacional de Guinea Ecuatorial, hijo de miembro de la oposición al gobierno. Razones humanitarias: autorización de permanencia; aunque existen contradicciones, la base del relato parece creíble. Motivación de la sentencia: la apreciación de la prueba por la Sala de instancia no es irracional o arbitraria; no existe vulneración del principio de buena fe.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **14 de junio de 2011**
Recurso: **2525/2009**
Ponente: **D. Pedro José Yagüe Gil**
Voz: **Concesión de asilo a nacional de Guinea Ecuatorial amparado en razones humanitarias: relato creíble**

El Abogado del Estado entiende que el éxito —total o parcial— de un recurso fundado en hechos inverosímiles o, pura y simplemente, inciertos, es contrario al principio general de buena fe regulado en los artículos 7.1 Cc y 11.1 LOPJ.

Razona que el Tribunal de instancia deniega el asilo porque duda sobre el supuesto parentesco entre el peticionario y una dirigente de la oposición ecuatoguineana y por el tiempo transcurrido entre el nombramiento político de la madre (2003) y las represalias (2005). A ello añade que el solicitante no acredita haber tenido dificultades de ningún tipo para el ejercicio de su profesión y para ascender en su empresa; que le fue expedido sin traba alguna un pasaporte oficial de Guinea Ecuatorial; que pudo salir de su país el 25 de mayo de 2005 sin ningún impedimento; y que regresó al mismo, después de presentada la solicitud de asilo, para solucionar problemas bancarios, sin que conste que tuviera problemas ni a la entrada ni a la salida. Todo esto comporta, a su juicio, que no concurra ninguna circunstancia humanitaria que pueda dar lugar a la aplicación del artículo 17.2 de la Ley de Asilo. A lo que añade que las alegaciones inciertas o falsas sólo merecen un rechazo radical.

Para que prospere un motivo de casación no es suficiente la mera discrepancia de quien lo plantea con la valoración de las pruebas efectuada por el Tribunal de instancia. Para que la sentencia pudiera ser casada por razones atinentes a los hechos probados es necesario aducir y demostrar que la apreciación de la Sala de instancia es irracional o arbitraria, lo que en este caso no ocurre. En defecto de dicha demostración hemos de aceptar la valoración de las pruebas efectuadas en el proceso de instancia y, por consiguiente, partir de lo declarado en la sentencia recurrida. En ella se sostiene que el parentesco del peticionario (hijo) «con una miembro de un autodenominado "gobierno en el exilio" en principio parece creíble, en contra de lo sostenido por el Informe de la Instrucción»; pero que, no existiendo indicios fundados y sí contradicciones en el relato fáctico, no puede concederse el asilo; aunque, «dadas las circunstancias sociopolíticas allí existentes (en Guinea Ecuatorial), las manifestaciones vertidas ante las autoridades españolas, así como la relevancia política en la oposición al régimen ecuatoguineano de la que parece ser su progenitora, extremos que en su conjunto podrían dar lugar a una situación de

riesgo con repercusiones en su libertad o seguridad y justifican una apreciación de razones humanitarias con el corolario estimatorio parcial que ello comporta». Este razonamiento que ofrece el Tribunal de instancia justifica de forma debidamente motivada la conclusión de autorizar la permanencia en España por razones humanitarias. Es cierto que esta Sala viene sosteniendo que cuando está sometida a serias dudas la credibilidad del relato del recurrente, va de suyo que no cabe acudir a dicho relato para justificar la aplicación del artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

Pero este no es el supuesto que nos ocupa, toda vez que la sentencia recurrida no estima —como el Abogado del Estado denuncia— que los hechos sean inverosímiles o inciertos sino que aprecia que, si bien existen contradicciones, la base del relato, esto es, el parentesco con una destacada política del «gobierno en el exilio» parece creíble. Lo que descarta la infracción del principio de buena fe, entendida en el sentido de rectitud y transparencia en la actuación del órgano judicial, que el defensor de la Administración invoca.

Derecho de asilo: nacional de Argelia. Malos tratos físicos y psíquicos a la actora y a sus hijos por parte del marido, incluso después de haberse roto el vínculo matrimonial. Certificados médicos que demuestran el sufrimiento continuado por las diversas lesiones. Persecución por motivos de género por su pertenencia a un grupo social. Las mujeres que temen ser perseguidas o sufrir discriminación debido a su sexo deben ser consideradas como miembro de un grupo social a los efectos de determinar el estatuto de persona. Temor fundado y riesgo real de seguir padeciendo esos tratos degradantes en el caso de volver a su país de origen.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **15 de junio de 2011**
Recurso de Casación: **1789/2009**
Ponente: **D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat**
Voz: **Concesión de asilo: argelina víctima de violencia de género**

La Sala de instancia fundamenta la decisión de estimación del recurso contencioso-administrativo con base en las siguientes consideraciones:

«(...) Sentado lo anterior, nos corresponde examinar si la persecución invocada consistente en malos tratos físicos y psíquicos infligidos a la actora (y a sus hijos) por parte del que era su marido que persistieron tras la separación matrimonial se encuentran relacionados con el género de la solicitante y la necesidad de protección.

La realidad de los malos tratos físicos soportados durante largo tiempo se encuentra documentada mediante abundantes certificados médicos incorporados a autos que demuestran el sufrimiento continuado por causa de diversas lesiones que precisaron atención y tratamiento médico, como así se reconoce expresamente en la propia resolución administrativa impugnada en la que no se pone en duda la realidad y certeza de los malos tratos padecidos por la actora en el ámbito de su relación conyugal que continuaron y persistieron a pesar de la primera separación del matrimonio y el ulterior divorcio en el año 1993. En el informe emitido por la Instrucción del expediente (...) se parte del hecho de que "nos hallamos ante una mujer que ha sido víctima de violencia doméstica"; y por lo que se refiere a la documentación aportada la Instrucción considera que acredita la realidad de los malos tratos físicos y psíquicos sufridos por la demandante y también por los hijos menores de edad que evidencian numerosos episodios de violencia, así concluye de forma categórica la Instrucción "nos encontramos ante una realidad innegable: una familia compuesta por madre y niños menores que ha sido sometida a ma-

los tratos por parte del marido y padre durante años, incluso después de haberse roto el vínculo matrimonial", situación que lleva a la Administración a autorizar la permanencia de la actora en España al amparo de lo dispuesto en el art. 17.2 y de la Ley de Asilo y su Reglamento de aplicación».

(...)

En consecuencia, la Sala estima que «en este caso aparece con toda evidencia la necesidad de protección de la recurrente ante la realidad y vigencia de una persecución personal en su país de origen, Argelia, por una causa prevista en la legislación aplicable en materia de asilo, sin que frente a esta conclusión quepa oponer el criterio de la Administración que a pesar de aceptar la existencia de un temor razonable de agresión contra la actora en su país se limita a autorizar la permanencia de la demandante en España por razones humanitarias, pero sin reconocer en todo su alcance el derecho de la recurrente a obtener la protección a través del asilo».

(...)

De acuerdo con lo expuesto, compartimos el criterio de la Sala de instancia, que, con base en una interpretación de la legislación española de asilo, sostiene que es procedente la concesión del derecho de asilo a Doña Alejandra, nacional de Argelia, porque, una vez que se ha acreditado que fue forzada a casarse con su esposo, por un acuerdo familiar, y ha sido objeto de continuas agresiones y vejaciones caracterizables de continuos malos tratos físicos y psíquicos, que han repercutido en los hijos, víctimas también de malos tratos, lo que no es controvertido por la Administración, y, teniendo en cuenta que las autoridades del país de origen, en este supuesto, no les han dispensado tutela jurídica ante las denuncias formuladas, se revela la necesidad de protegerla de forma efectiva del fundado temor y el riesgo real de continuar padeciendo tratos degradantes, no siendo por ello suficiente, en estos términos, la decisión del Ministerio del Interior de autorizar la permanencia en España por razones humanitarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

Asilo: solicitante nacional de Colombia. Denegación: falta de verosimilitud del relato aportado; las denuncias presentadas no acreditan la realidad de los hechos denunciados, al tratarse de meras manifestaciones no valoradas por las autoridades colombianas, desconociéndose las investigaciones que las mismas hayan podido realizar y cuál ha sido el final de las mismas. Razones humanitarias: no se aprecian; necesariamente tienen que estar vinculadas a un riesgo real de desprotección por razón de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**
Fecha: **15 de junio de 2011**
Recurso Contencioso-Administrativo: **272/2010**
Ponente: **D. Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández**
Voz: **Denegación de asilo a ciudadano colombiano: relato inverosímil**

Con fecha 23 de septiembre de 2007 don Demetrio formuló solicitud de asilo en España en la Oficina de Asilo y Refugio del puesto fronterizo del Aeropuerto de Madrid-Barajas, alegando los siguientes hechos: 1) su hermana tenía una finca en zona guerrillera, hubo problemas con el ganado y las FARC asesinaron a su esposo; 2) fue a la finca y vio que no quedaba nada de ganado, lo que comunicó a la policía aunque no puso denuncia por escrito; 3) pocos días después, miembros de las FARC le llamaron al celular insultándole por haber denunciado los hechos; no recibió más llamadas; 4) el 20 de julio de 2007 iba con su hermano Lesli en una moto cuando les dispararon desde una camioneta, muriendo su hermano en el

acto; su tía denunció los hechos; 5) se escondió, pero su familia seguía recibiendo llamadas amenazantes.

(…)

La solicitud fue desestimada por Resolución del Subsecretario de Interior de 19 de febrero de 2010, dictada por delegación del Ministro, por los siguientes motivos: a) parte de los elementos probatorios aportados en apoyo de sus alegaciones no pueden considerarse prueba o indicio de la persecución alegada, ya que, bien presentan irregularidades sustanciales, o bien presentan contradicciones con lo alegado; b) el relato ofrecido resulta contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada, no pudiendo considerarse que el interesado haya acreditado suficientemente la veracidad de la persecución; c) el resto de los elementos probatorios aportados, valorados en su conjunto en relación con el relato ofrecido y la documentación aportada, no permite considerar acreditada, ni aun indiciariamente, la existencia de la persecución alegada; d) no concurren los requisitos previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley de asilo y en la Convención de Ginebra, ni en los artículos 4 y 10 de la misma Ley, para la concesión del derecho a la protección subsidiaria. Por otra parte, la resolución razona que no se desprenden razones humanitarias o de interés público para autorizar la permanencia en España en los términos previstos en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

(…)

La Sala es consciente de la dificultad que entraña acreditar extremos relativos a una persecución real, y no es preciso hacer mayores razonamientos para comprender claramente que una persona que sale de su país por motivos de persecución, hostigamiento o violencia no suele estar en condiciones de obtener los medios que acrediten tales conductas —más bien sucede justamente lo contrario—, lo que permitiría apreciar los hechos y valorar las circunstancias con amplitud. En el presente caso, sin embargo, el relato de hechos y la documentación en que éste se sustenta están lejos de estos parámetros, pues carecen de elementos de peso que lleven a la Sala a un convencimiento psicológico que permita considerar que las cosas fueron como se dice que fueron y que el recurrente sufra persecución, o tenga fundados motivos a sufrirla, por alguna de las causas contempladas en la Convención de Ginebra.

(…)

En cualquier caso, como esta Sala ha declarado en anteriores ocasiones, las denuncias presentadas no acreditan la realidad de los hechos denunciados, al tratarse de meras manifestaciones no valoradas por las autoridades colombianas, desconociéndose las investigaciones que las mismas hayan podido realizar y cuál ha sido el final de las mismas pese al tiempo transcurrido. Es difícil acreditar plenamente la actuación de los grupos armados en Colombia pero también lo es que los nacionales de este país pueden obtener de las propias autoridades estatales elementos de prueba para aportar con sus solicitudes de asilo ya que el Estado colombiano no es el perseguidor.

(…)

En nuestro caso, no existen condiciones que permitan considerar que concurran alguna o algunas de las circunstancias a que se ha hecho referencia, de modo que carecería de fundamento la adopción de la medida interesada.

En suma, pues, cumplidos los requisitos y trámites previstos en la normativa reguladora, no apreciando la Sala motivos que acrediten la existencia de persecución, o su temor fundado a padecerla, por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, con lo cual no concurre el presupuesto necesario para el reconocimiento del derecho a asilo (…).

Asilo: Solicitante nacional de Chad. Inadmisión a trámite: falta de documentación que acredite la identidad y nacionalidad; falta de prueba sobre la situación de persecución personal; relato inverosímil.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**
Fecha: **22 de junio de 2011**
Recurso Contencioso-Administrativo: **1/2011**
Ponente: **D. Tomás García Gonzalo**
Voz: **Inadmisión a trámite de solicitud de asilo a nacional de Chad: relato inverosímil sobre la persecución sufrida**

La sentencia de instancia, tras concretar la resolución impugnada en el fundamento primero, resume el relato ofrecido por el solicitante de asilo y pretensiones de las partes en el segundo, para dar respuesta a las cuestiones suscitadas en el tercero, tras una exposición de la doctrina y jurisprudencia sobre la materia, con el siguiente texto: Tercero (...) En el caso que nos ocupa, del relato de los hechos que se contienen en el escrito de demanda, no se desprende que estemos ante uno de los supuestos en que por aplicación de las normas que regulan el Derecho de Asilo y de la Jurisprudencia que las interpretan, permitan determinar que la resolución que inadmite a trámite la solicitud de asilo impugnada en este proceso contencioso-administrativo no es conforme a derecho, y no es solo que tales alegaciones carezcan de la cobertura probatoria mínimamente suficiente para ello, pues al proceso no se han traído aquellas pruebas necesarias para acreditar la existencia de persecución en los términos señalados por esas normas; según declara en el expediente administrativo el interesado, la solicitud del derecho de asilo se basa en: «que trabajaba en un taller de mecánico y un día de noviembre del 2007, su jefe le dijo que tenía que ir a casa del Sr. José Ángel, Ministro de Energía y Mina para repararle el coche, y aunque era domingo y no tenía por qué trabajar, lo tuvo que hacer porque su jefe le dijo que el Ministro iba a recompensarle. Al día siguiente tuvo que ir también y esta vez el Ministro le hizo entrar en la casa y empezó a conversar con él de forma amigable. Después de cuatro días tuvo que ir otra vez y esta vez el Ministro le propuso relaciones íntimas a cambio de favores, él se encontró en una situación muy embarazosa ya que no estaba dispuesto a complacerle, pero siguió yendo a su casa y cada vez le resultaba más difícil la situación como no accedía a sus peticiones, llegó a amenazarle diciéndole que eran los musulmanes quienes estaban en el poder y los cristianos como él tenían mucho que perder. A partir de entonces, dejo de ir y contó a su padre lo que le estaba ocurriendo y como su padre era miembro del partido PLD (Partido para la Libertad y el Desarrollo) y eran de la oposición, su padre llevo el problema a la asamblea del partido y en unas de las reuniones hizo que el hijo le acompañase y contase delante de todos los miembros el acoso y las amenazas de las que había sido víctima. En febrero del 2008, los rebeldes atacaron Djamena y el Gobierno pensó que el partido de la oposición les apoyaba para derrocarles y hacerse con el poder, así que desplegó a las fuerzas militares y detuvieron al jefe del partido PLD y todos los cabecillas entre los que se encontraba su padre, esto ocurrió el día 3 de febrero del 2008. Ese día, cuando el solicitante volvió a su casa, encontró a su hermana minusválida llorando porque se habían llevado a su padre y habían amenazado con volver a por él, que ese día no pudo quedarse en casa y se fue a dormir a casa de un amigo al día siguiente volvió y encontró a su hermana en una situación lamentable porque había sido violada por los militares, quienes seguían buscando al hermano. Ese día fue a pedir ayuda a su tío pero éste le dijo que no se acercase a su casa porque él no se metía en política y no quería tener problemas con el gobierno, después llamó a su hermana y esta le dijo que los militares habían vuelto y la habían violado brutalmente, así que ella prefería que su hermano se pusiese a salvo y le aconsejó que no se preocupase por ella y se fuera lo más lejos posible para que no le encontrasen. Fue así que se vio forzado a salir de su país para ponerse a salvo. Cuando llegó a Argelia llamó a su tío para preguntarle por su hermana y éste le dijo que se la habían encontrado muerta en su casa después de haber sido violada varias veces y

que hacía una semana que la habían enterrado. En cuanto a su padre, no sabían nada pero suponían que lo habrían matado como a muchos otros del partido, también le pidió que no le volviera a llamar porque temía que la policía llegase a descubrir que seguía relacionándose con su sobrino. Tales manifestaciones resultan inverosímiles, incongruentes con la descripción de los hechos que determinan la persecución alegada. Así, no resulta verosímil que tuviera que ir repetidamente a casa del Ministro para reparar su vehículo, en condición de mecánico ya que lo suyo sería llevarlo al taller oficial. No resulta creíble que el Ministro recibiera directamente al solicitante en su condición de mecánico y a la tercera vez le propusiera relaciones íntimas. En cuanto a los supuestos ocurridos el 3 de febrero de 2008 entre los rebeldes y las tropas leales al Presidente, durante los cuales los militares arrestaron a los líderes de la oposición, no hay constancia de que entre ellos estuviera el padre del que solicitó el asilo político. Finalmente, señalar que el recurrente no hace mención de las circunstancias de su estancia y salida de Argel después de aquellos meses, pues si su salida de este país no estuvo motivada por ninguna razón jurídica, podría entenderse que su llegada a España tuvo más que ver con razones socioeconómicas que con una persecución política en su país de origen».

Asilo: Solicitante nacional de Colombia. Condición de refugiado: denegación de conocimiento; falta de relato verosímil sobre la persecución sufrida derivada de no ceder a la extorsión económica procedente de grupos guerrilleros.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **27 de junio de 2011**
Recurso de Casación: **638/2009**
Ponente: **D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat**
Voz: **Asilo. Nacional de Colombia: inexistencia de relato verosímil sobre la persecución alegada**

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo en la apreciación de que no se ha acreditado la existencia de persecución o el temor fundado de padecerla, en el sentido del artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, y el artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de silo y de la condición de refugiado, según se refiere en los fundamentos segundo y tercero de la sentencia recurrida, en los siguientes términos:

[...] En este caso las alegaciones del recurrente quedan desvirtuadas en el informe de la Instrucción del expediente que pone de relieve detalladamente las contradicciones del relato.

«El solicitante alega ser objeto de persecución por la guerrilla, al no ceder a la extorsión de la que dice ser objeto.

Así el solicitante manifiesta poseer una tienda de comestibles cerca de Jamundí, y que la guerrilla (a través de campesinos) le solicitaba alimentación para sus tropas bajo amenaza de muerte.

La persecución descrita por los solicitantes describe unos hechos que no pueden considerarse motivados por alguna de las causas recogidas en la CG-51, es decir, razones de religión, raza, nacionalidad, ideología política, o pertenencia a grupo social determinado.

Todo el proceso de la supuesta persecución deviene del hecho de no ceder ante la extorsión económica de la que dice ser objeto.

Sobre este punto, obvio es decir, en primer lugar, que no puede pensarse que todos los extorsionados por la guerrilla o paramilitares en Colombia sean integrantes de un grupo social. El grupo social a efectos de la

CG51 debe compartir algún rasgo común que haga a ese grupo objeto de la persecución, no pudiéndose definir como grupo social a un colectivo de personas por el mero hecho de compartir persecución.

Por otro lado, es criterio consolidado en esta Oficina de Asilo que en estos casos tampoco puede considerarse que la persecución derivada de la negativa a satisfacer un dinero o a cumplir algún tipo de exigencia de contenido económico pueda achacarse a una causa de ideología "atribuida", según la cual los perseguidores presumirían una ideología contraria a la propia en las personas que no pagan. Como se ha expuesto en reiterados informes, para poder hablar de esta noción la atribución tendría que ser previa a la persecución, de forma que pudiera establecerse un vínculo causa-efecto entre la ideología, siquiera presumida por el agente perseguidor, y la persecución.

Cuando la posible atribución ideológica se produce después del inicio de la persecución (extorsión a alguien ya es una persecución) y procede de un agente que, como el propio ACNUR reconoce (...) ha perdido buena parte de sus ideales políticos y se ha convertido en un grupo de lucha por objetivos militares (su supervivencia) y económicos, no pasa de ser una etiqueta con la que el agente perseguidor pretende legitimar lo que no es más que puro y simple delito común.

Por otro lado, y en caso concreto del solicitante, no se plantea la posibilidad de trasladarse a otra zona del país para evitar la problemática (pues el solicitante tras recibir el 16 de mayo de 2001 la amenaza escrita, se expide el pasaporte al día siguiente, abandonando el país aproximadamente quince días después). Dicha opción parece factible en el caso concreto del solicitante, tanto por la profesión que ejerce (comerciante) que puede ejercer en cualquier otro lugar, como por el hecho que a efectos de sus perseguidores el solicitante era considerado como una mera fuente de ingresos (en este caso de ahorro de gastos), por otro lado de relativa relevancia, sin que sea previsible que vayan a molestarse a proceder a su búsqueda por todo el país.

Del conjunto de sus alegaciones se desprenden contradicciones tales como las referentes al inicio de sus problemas, que en las alegaciones iniciales primeramente sitúa a mediados de mayo del 2001, para luego en otra parte de su relato hacerlo en abril, y finalmente en el reexamen a mediados de marzo. Es de resaltar además que si bien inicia sus alegaciones atribuyendo la demanda de alimentos a la guerrilla que operaba en la zona FARC 37, de cuyas siglas desconoce el significado, posteriormente afirma que cuando iban a la tienda no se identificaban para luego puntualizar que quienes iban a la tienda eran campesinos mandados por la guerrilla, y que personalmente esta nunca se presentó en su tienda, puntualizando en el reexamen que los campesinos cuando venían decían hacerlo en nombre de las FARC, 37.

Tampoco se entiende cómo afirma el solicitante en sus alegaciones negarse a colaborar, cuando de acuerdo con lo señalado en el reexamen los campesinos afirmaban que se llevaban lo solicitado o le mataban a la familia, y el solicitante no alude a ninguna consecuencia de ese tipo.

El solicitante también afirma ser amenazado por no colaborar y recibir una carta amenazante fechada el 16 de mayo de 2001, si bien por temor se demora en denunciar los hechos hasta el 31 de mayo de 2001.

Tras la recepción de la carta afirma desplazarse ese mismo día a la localidad de Jamundía, a la que pertenece el corregimiento de San Isidro (donde se ubica la tienda), sin sufrir en dicha localidad ningún problema. Abandona el país el 7 de junio de 2001.

En relación a esta parte del relato, llama la atención que el solicitante que aporta documentación originada en Jamundí y San Isidro, se expida el pasaporte, el día siguiente a la recepción de la carta amenazante, en otro departamento, Risaralda, en la localidad de Pereira, cuando lo lógico sería haberlo efectuado en Cali, mucho más próximo a su localidad de origen.

En cuanto a la documentación aportada, el solicitante aporta:

— Carta amenazante, del colectivo Jaime Batemán Cayón, "Dicidencia" FARC, en el que además del formato, llama la atención que figure firmado por un Secretario y un comandante, estampando ambos su propio sello de las FARC, cuando tal movimiento no pertenece a las FARC. En cualquier caso, tal documento carece de valor probatorio alguno al desconocer su verdadera autoría.

— Aporta también tres documentos, de distinto origen, Veeduría, Inspección de Policía de San Isidro, de la Notaria.

De tales documentos es destacar su similitud, no solo en el contenido, en que todos ellos solicitan colaboración a la Inmigración de Madrid, España, que el solicitante justifica en que fueron pasándose el modelo para copiarlo, sino que tienen hasta el mismo tipo de letra y márgenes.

Por otra parte en materia de denegación de asilo es preciso tomar en consideración la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, entre otras Sentencias la establecida en el recurso de casación número 5091/2002 de la Sección Quinta, de fecha 28 de octubre de 2005, en cuyo fundamento quinto se expresa lo siguiente: "Resulta preciso recordar que la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo interpreta la normativa de asilo y refugio en el sentido de que la misma se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de ésta (…) Ciertamente para la concesión de asilo bastan indicios suficientes de que el solicitante tiene fundado temor de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Bastan pues, los indicios suficientes; pero estos han de existir y es carga del recurrente aportarlos"».

La estimación del recurso en casación, señala:

«En definitiva, las razones esgrimidas por la Administración, primero, y por la sentencia de instancia, después, para justificar la inadmisión a trámite, son razones de fondo, que quizá podrán justificar una denegación de la solicitud de asilo, pero que no pueden invocarse para justificar la inadmisión a trámite de la solicitud sin dar al solicitante la oportunidad de acreditar los hechos relatados. Desde luego, será carga del mismo solicitante despejar esas supuestas incoherencias y contradicciones, y aportar las pruebas indiciarias que respalden su petición, pero en todo caso, será al término del procedimiento, una vez recabados los preceptivos informes y practicadas las indagaciones y pruebas pertinentes, cuando se podrá decidir si se cumplen o no los requisitos a que se refiere el número primero del artículo 3 de la Ley de Asilo».

La actora en vía procesal no ha aportado la documentación precisa para acreditar que es perseguido por alguno de los motivos que justifican el asilo. Así no acredita su pertenencia a un grupo de riesgo, desconoce datos referentes a las FARC como fuerzas amenazantes, hay contradicciones que detalla la instrucción, la documentación no presenta datos que permitan establecer la verosimilitud de lo alegado, por razones formales, tal como detalla el informe de la Instrucción. [...] Tampoco concurren razones humanitarias generadas por una situación de peligrosidad para la integridad física del interesado o para su vida, que no queda acreditada en el caso de autos, lo cual es exigible conforme a lo establecido en el artículo 31 apartado 3 del Reglamento de la Ley de Asilo que vincula las razones humanitarias a motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado, a tenor de la redacción dada a dicho precepto por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre. En este sentido la Sentencia de fecha 27 de mayo de 2006 de la Sección Quinta de nuestro Tribunal Supremo (recurso de casación n.º 287/2003) puntualiza que las razones humanitarias a que se refiere el artículo 17.2 de la Ley de Asilo «rectamente entendidas no son cualesquiera razones de humanitarismo, sino aquellas que se conectan al nivel de riesgo y desprotección que en el país de origen del solicitante pueda existir para derechos tales como la vida, la seguridad y la libertad como consecuencia de disturbios graves de carácter político, étnico o religioso».

Asilo: solicitante nacional de Mauritania; denegación por carencia de motivos que justifiquen la concesión de protección internacional. Tutela judicial efectiva: no existe vulneración por el hecho de que no exista recurso autónomo contra la resolución de la autoridad administrativa por la que se decide tramitar la solicitud de asilo por el procedimiento acelerado; posibilidad de control jurisdiccional en el marco de un recurso que tenga por objeto la resolución denegatoria final.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**
Fecha: **28 de julio de 2011**
Cuestión prejudicial: **C-69/10**
Ponente: **Sr. A. Rosas**
Voz: **Denegación de solicitud de asilo a nacional de Mauritania: solicitud de protección internacional en procedimiento acelerado**

El 19 de agosto de 2009, el Sr. Samba Diouf, nacional mauritano, presentó ante el servicio competente del Ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration del Gran Ducado de Luxemburgo una solicitud de protección internacional. El 22 de septiembre de 2009 fue oído respecto de su situación y los motivos de dicha solicitud.

El Sr. Samba Diouf declaró que había abandonado Mauritania a fin de huir de una situación de esclavitud y que deseaba establecerse en Europa para vivir en mejores condiciones y fundar una familia. Además, el interesado expresó su temor a que su antiguo patrón, al que había robado 3.000 euros para poder emprender el viaje a Europa, le hiciera buscar para acabar con su vida.

La solicitud de protección internacional presentada por el Sr. Samba Diouf fue tramitada por un procedimiento acelerado y denegada por infundada mediante resolución del Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration de 18 de noviembre de 2009, remitida al interesado por correo certificado el 20 de noviembre de 2009.

Mediante la referida resolución, se informó al Sr. Samba Diouf, en primer lugar, de que se había resuelto sobre el carácter fundado de su solicitud de protección internacional en un procedimiento administrativo acelerado, puesto que su caso está comprendido dentro de los dos supuestos previstos en el artículo 20, apartado 1, de la Ley de 5 de mayo de 2006, en el sentido de que resulta evidente que no reúne los requisitos exigidos para obtener el estatuto que confiere la protección internacional [artículo 20, apartado 1, letra b)] y que el demandante ha inducido a error a las autoridades mediante la presentación de información o documentación falsa [artículo 20, apartado 1, letra d)].

En segundo lugar, mediante la referida resolución del Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration se denegó la protección internacional solicitada por el Sr. Samba Diouf en la resolución sobre el fondo. En tercer lugar, el citado Ministro ordenó que el interesado abandonase el territorio luxemburgués.

La desestimación de la solicitud presentada por el Sr. Samba Diouf se fundamentó en la consideración de que, por una parte, había presentado un pasaporte falsificado, lo que había inducido a error a las autoridades y, por otra, que los motivos invocados eran de orden económico y no respondían a ninguno de los criterios de fondo que justifican una protección internacional.

Más concretamente, se consideró que el temor a represalias por parte del antiguo patrón del Sr. Samba Diouf no puede calificarse de temor a persecución en el sentido de la Convención de Ginebra por carecer de trasfondo político, étnico o religioso. Además, se consideró que dicho temor a represalias, que es hipotético, no ha sido demostrado. Las demás consideraciones formuladas por el Sr. Samba Diouf, a

saber, que su llegada a Europa estaba también motivada por el deseo de casarse y de fundar una familia, así como por el hecho de que las condiciones de trabajo eran demasiado duras en Mauritania, se consideraron manifiestamente ajenas al ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra.

Por otra parte, también se señaló que el nuevo Gobierno mauritano había adoptado una ley contra la esclavitud que entró en vigor en febrero de 2008, en virtud de la cual la esclavitud está castigada con una multa y una pena de prisión de diez años.

Por último, también se consideró que no existían motivos serios fundados que permitieran creer que el Sr. Samba Diouf corría un riesgo real de sufrir los daños graves descritos en el artículo 37 de la citada Ley de 5 de mayo de 2006 y que justificaran conceder una protección subsidiaria.

Contra la resolución del Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration, de 18 de noviembre de 2009, el Sr. Samba Diouf presentó un recurso ante el Tribunal administratif en el que solicitaba, en primer lugar, la anulación de dicha resolución en la medida en que mediante ella el referido Ministro había decidido pronunciarse sobre el carácter fundado de su solicitud de protección internacional en un procedimiento acelerado, en segundo lugar, la reforma o la anulación de la referida resolución en la medida en que mediante ella se le denegaba la protección internacional, y, en tercer lugar, la anulación de la misma resolución en la medida en que mediante la misma se le ordenaba abandonar el territorio luxemburgués.

Al examinarse la admisibilidad del recurso que tenía por objeto la anulación de la resolución por la que el Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration decidió pronunciarse sobre el carácter fundado de la demanda del Sr. Samba Diouf en un procedimiento acelerado, el Tribunal administratif consideró que la aplicación del artículo 20, apartado 5, de la Ley de 5 de mayo de 2006, que prevé que no cabe recurso alguno contra tal resolución, suscita dudas sobre la interpretación del artículo 39 de la Directiva 2005/85, en relación con la aplicación del principio general del Derecho a un recurso efectivo.

A este respecto, el Tribunal administratif señala que la decisión de pronunciarse sobre el carácter fundado de una solicitud de asilo en un procedimiento acelerado no está exenta de consecuencias para el solicitante de asilo. Por una parte, según dicho órgano jurisdiccional, la elección del referido procedimiento acelerado que, contrariamente a las resoluciones materiales sobre la denegación de la protección internacional y sobre la expulsión del territorio, no es susceptible de recurso alguno en virtud del Derecho luxemburgués, tiene el efecto de acortar el plazo de recurso de un mes a 15 días. Por otra parte, las vías de recurso judiciales, compuestas normalmente de dos instancias, únicamente están abiertas al demandante en el marco de dicho procedimiento, estando el procedimiento judicial limitado, según el referido órgano jurisdiccional, a una sola instancia.

Además, el Tribunal administratif se pronunció sobre la argumentación expuesta ante él por el delegado del Gobierno luxemburgués, según el cual la legalidad de la resolución sobre el carácter fundado de la solicitud de protección internacional en un procedimiento acelerado es objeto de control por el Tribunal administratif —a través de una vía de recurso indirecto— al examinar el recurso contencioso-administrativo contra la resolución definitiva de denegación. Dicho argumento está basado en una sentencia de la Cour administrative de 16 de enero de 2007 (n.º 22095C).

El Tribunal administratif señala que no puede seguir en este punto la sentencia antes citada de la Cour administrative en la medida en que el control de la resolución de pronunciarse sobre el carácter fundado de una solicitud de asilo en un procedimiento acelerado «a través de la acción contra la resolución definitiva», tal como propone la Cour administrative, le parece contrario a la intención del legislador de excluir, mediante el artículo 20, apartado 5, de la Ley de 5 de mayo de 2006, todo control de legalidad de dicha resolución.

En estas circunstancias, el Tribunal administratif decidió suspender el procedimiento y

plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 39 de la Directiva 2005/85/CE en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la establecida en el Gran Ducado de Luxemburgo por el artículo 20, apartado 5, de la Ley de 5 de mayo de 2006 (...), con arreglo a la cual un solicitante de asilo no dispone de ningún recurso jurisdiccional contra la resolución de la autoridad administrativa por la que se decide tramitar su solicitud de protección internacional por el procedimiento acelerado?

2) En caso de respuesta negativa (a la primera cuestión), ¿debe interpretarse el principio general de derecho a un recurso efectivo en relación con el Derecho comunitario, inspirado por los artículos 6 y 13 del (Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950), en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la establecida en el Gran Ducado de Luxemburgo por el artículo 20, apartado 5, de la Ley (de 5 de mayo de 2006), en virtud de la cual un solicitante de asilo no dispone de ningún recurso jurisdiccional contra la resolución con arreglo a la cual la autoridad administrativa se pronunciará sobre el carácter fundado de la solicitud de protección internacional en un procedimiento acelerado?».

(…)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 39 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, y el principio de tutela judicial efectiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, con arreglo a la cual no cabe ningún recurso autónomo contra la resolución de la autoridad administrativa competente por la que ésta decide tramitar una solicitud de asilo por el procedimiento acelerado, habida cuenta de que las razones que condujeron a dicha autoridad a examinar el carácter fundado de la referida demanda en el marco de tal procedimiento pueden estar efectivamente sujetas a control jurisdiccional en el marco de un recurso que tenga por objeto la resolución denegatoria final, extremo que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

EXPULSIÓN

Procedimiento sancionador: expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en territorio Schengen. Antecedentes penales: condena por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. «Non bis in idem»: no existe vulneración ya que la condena penal y la sanción administrativa se diferencian tanto en su fundamento como en los fines que persiguen, por lo que el cumplimiento de la condena, extinguiendo la responsabilidad criminal, no guarda relación alguna con el hecho de que ha sido la conducta delictiva la que ha ocasionado la pérdida del derecho a residir en España.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León**

Fecha: **4 de marzo de 2011**

Recurso de Apelación: **4/2011**

Ponente: **D. Eusebio Revilla Revilla**

Voz: **Expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada: *non bis in idem***

A dichos argumentos se opone la Administración demandada defendiendo la plena conformidad a derecho tanto de las resoluciones administrativas impugnadas como de la sentencia de instancia, y ello por lo siguiente:

1.º) Porque no se vulneró el derecho del apelante a ser asistido de letrado en la tramitación del procedimiento administrativo, toda vez que fue informado (...) de tal derecho, por lo que tras dicha información correspondía al extranjero solicitar, según el art. 12 de la Ley 1/1996 de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita solicitar dicha asistencia jurídica toda vez que no estamos ante un procedimiento penal y sí ante un procedimiento administrativo sancionador.

2.º) Que la expulsión administrativa acordada no supone injerencia en el ámbito penal como así lo ha declarado esta Sala en la sentencia de 26 de febrero de 2010, por cuanto que siempre se dejan a salvo las consecuencias que en el orden penal y para la situación personal del apelante se deriven de una condena penal.

3.º) Y que la imposición de dicha expulsión no vulnera el principio de «non bis in idem», por cuanto que los hechos que dan lugar a las diferentes sanciones son distintos, ya que la expulsión también se acuerda por carecer de autorización para residir en España.

(…)

El traslado al caso de autos de este criterio jurisprudencial lleva a la Sala nuevamente a concluir que en el presente caso no se vulnera el principio «non bis in idem» toda vez que mientras la pena de prisión impuesta al apelante lo ha sido en el marco de la política criminal del Estado sin embargo la medida de expulsión ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, respondiendo lógicamente sendos ámbitos a intereses públicos muy diferentes. Con este mismo tenor se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de fecha 17 de julio de 2009 dictada en el recurso de apelación 124/2009 rechazando también en ese caso y con idénticos razonamientos la vulneración de mencionado principio.

Finalmente denuncia la parte apelante que la adopción de la decisión de expulsión dependerá de la aplicación por el Juez de la medida prevista en el art. 89 del CP. Considera la Sala que en el presente caso no se vulnera lo dispuesto en el art. 89 del CP porque la expulsión se ha impuesto en aplicación de la normativa de extranjería contenida en la LO 4/2000 y dejando a salvo la facultad que corresponde al Juez o Tribunal sancionador del orden penal para acordar en su caso la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional si se dieran los requisitos y condicionantes previstos en el art. 89 del CP de 1995.

(...)

En estos mismos términos se pronuncia esta Sala en sentencia de fecha 8 de mayo de 2009, dictada en el recurso de apelación núm. 83/2009, cuando al respecto razona lo siguiente:

«Y con relación a la alegación de que se ha infringido el artículo 25.2 de la Constitución, respecto a la finalidad de las penas y que además debería darse siempre el sometimiento a la jurisdicción penal, dichas afirmaciones suponen desconocer el régimen legal vigente en materia de expulsión de extranjeros que se encuentren cumpliendo condena, ya que como precisa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 9 mayo 2006, de la que ha sido Ponente Doña Alicia Esther Ortuño Rodríguez:

"De las disposiciones anteriormente transcritas se desprende que el extranjero que se encuentra en situación ilegal está sometido a la autoridad judicial penal, a fin de que ésta tutele el cumplimiento de las penas impuestas, por lo que corresponde a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal, a instancia del Ministerio Fiscal, decidir si la condena de prisión (concretamente igual o superior a seis años, como en el presente asunto, en el que el actor fue condenado a once años de prisión por la STS de 24 de octubre de 2004) se sustituye por la de expulsión del territorio nacional, de acuerdo con los requisitos establecidos en el art. 89.1 CP. Sin embargo, la Administración puede asimismo acordar una orden de expulsión de un extranjero mientras éste está cumpliendo una pena de prisión, al amparo del art. 57.2 LODLE, si bien no ejecutar la medida, ya que entonces la actua-

ción administrativa interferiría en la actuación judicial consistente en hacer ejecutar las penas impuestas, art. 118 CE, provocando, básicamente, la salida del país del reo y la consiguiente imposibilidad de éste de cumplir su condena".

Por lo que sin que dicho sometimiento impida dictar la orden de expulsión, que no quedará viciada de invalidez como postula la actora, sino que su eficacia quedará condicionada al cumplimiento de la pena».

Aplicando estos mismos criterios al caso de autos lleva a la Sala a rechazar que en el presente caso se haya vulnerado el principio «non bis in idem», sin que tampoco con dicha resolución que acuerda la expulsión se invadan competencias de la Jurisdicción penal por cuanto que una cosa es acordar la expulsión y otra cosa es que la materialización de dicha expulsión deba garantizar lo dispuesto en el art. 57.5 y 57.8 de la LO 4/2000, (...) como así lo garantiza la propia resolución cuando acuerda la expulsión con la consiguiente prohibición de entrada «siempre que no exista causa judicial que lo impida».

Todos estos argumentos llevan a desestimar el recurso de apelación y a confirmar la sentencia de instancia en todos sus extremos.

Expulsión del territorio nacional: denegación de permiso de residencia de larga duración. Solicitud de suspensión de la ejecución: ponderación de intereses; carencia de apariencia de buen derecho; condena por delitos cometidos en el ámbito de las relaciones familiares.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja**
Fecha: **13 de abril de 2011**
Recurso Contencioso-Administrativo: **33/2011**
Ponente: **Dña. M.ª Elena Crespo Arce**
Voz: **Expulsión del territorio nacional por denegación de residencia de larga duración**

El actor fue condenado mediante sentencia dictada el 22 de febrero de 2010 por el Juzgado de Violencia sobre la mujer, como autor de un delito de maltrato habitual, a la pena de cuatro meses de prisión, cuatro meses de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo, 18 meses de privación del derecho a tenencia y porte de armas y un año de prohibición de acercarse y comunicarse con la víctima.

El apelado se opone al presente recurso señalando que la condena ha sido suspendida y que, salvo el antecedente penal, cumple todos los requisitos para que le sea concedida la residencia permanente. Alega la existencia de un grave perjuicio económico si no se concede la suspensión, no sólo por el alto coste del billete de avión sino también por el desamparo en el que quedarían su mujer y sus hijos.

El recurrente, en su petición, se limitó a alegar que la expulsión le iba a ocasionar daños de imposible o difícil reparación, sin acreditación alguna de tales daños; en los mismos términos y sin mayor profundidad, se plantea la oposición al presente Recurso de Apelación.

(...)

Aparte el carácter excepcional de la suspensión (auto de 9 de marzo de 2001 del Tribunal Supremo), los perjuicios que tendrían que concurrir para reputarlos irreparables y servir para motivar la estimación de la medida, tendrían que suponer una agravación de los que son consustanciales a la ejecución de todo acto administrativo (autos del TS de 13 de enero y 18 de marzo de 2002), y en concreto en materia de medidas cautelares referidas a expulsión de extranjeros y abandono del territorio nacional, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado que ha de procederse a la ponderación entre, de una parte, el interés público en la inmediata ejecución del acto, desde el concreto enfoque de la perturbación que para dicho interés pueda seguirse en la transitoria suspensión del ejercicio del acto,

y de otra parte, el interés, también público, en la preservación del derecho del recurrente a la efectividad de la tutela que recaba —artículo 24 de la Constitución— para el caso de que la sentencia llegue a estimar las pretensiones que ejercita en el proceso, en cuanto dicho interés pueda quedar afectado por la inmediata ejecución del acto o disposición recurridos, si de la misma van a seguirse daños o perjuicios de imposible o difícil reparación; en congruencia con lo anterior, la jurisprudencia ha proclamado que tal suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución inmediata de la orden de expulsión habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal (sentencias de 30 de marzo de 1998, 4 y 9 de febrero, 9 y 23 de marzo, 28 de septiembre, 15 de noviembre y 4 de diciembre de 1999, 18 de julio de 2000, 16 y 20 de enero y 2 de junio de 2001, 14 de marzo de 2002, 17 de noviembre de 2004, 4 de noviembre y 15 de diciembre de 2005 y 10 de febrero de 2006, 8 de noviembre y 13 de diciembre de 2007, y 31 de enero de 2008).

Aun teniendo en cuenta la documental aportada respecto a la inserción escolar de los hijos del apelado y la vida laboral del Sr. Elías, éste fue condenado por delitos cometidos en el ámbito de las relaciones familiares y no resulta suficientemente acreditado que el recurso pierda su finalidad si no se acuerda la medida cautelar de suspensión.

(...)

En consecuencia, hecha abstracción de lo que proceda resolver respecto del fondo del asunto, es decir, de la adecuación o no a derecho de la orden de expulsión objeto del recurso principal, es lo procedente estimar el presente recurso de apelación y revocar el auto objeto del mismo, sin que proceda acordar la medida cautelar de suspensión de la orden de expulsión del territorio español del recurrente.

Partiendo la Audiencia del arraigo en España y de la consideración del delito (denuncia falsa), atendida la ausencia de interés de sustitución de la pena por el Ministerio Fiscal y la oposición de la defensa, revoca la sentencia en el sentido de no sustituir la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real**
Fecha: **27 de abril de 2011**
Recurso de Apelación: **12/2011**
Ponente: **Dña. M.ª Pilar Astral Chacón**
Voz: **Informe favorable de arraigo: expulsión del territorio nacional. Improcedencia de sustitución de la pena impuesta**

En lo que se refiere a la sustitución de la expulsión del territorio nacional, ni la redacción del art. 89 del Código Penal vigente al tiempo de cometerse los hechos, ni la actual, prevé especialmente la posibilidad de exonerar dicha consecuencia por circunstancias personales del acusado (arraigo, tener domicilio, pareja, estar empadronado...). Las razones descritas en el texto vigente al tiempo de cometer el delito y que justifican la procedencia del cumplimiento en centro penitenciario español son la naturaleza del delito, de tal manera que haga procedente su cumplimiento, en lugar de la expulsión. Mas si ello es así, no obsta, para que en una interpretación constitucional del precepto (STS de ocho de julio de dos mil cuatro), ha de examinarse la afección que puede tener la medida en cuanto a los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales, sin que el automatismo inicial que parece deducirse de la aplicación de la ley pueda justificar obviar las circunstancias

de importancia personales que pudieran concurrir. Invoca especialmente la referida Sentencia del TS de ocho de julio de dos mil cuatro, Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que si bien dictadas en supuestos de ciudadanos con residencia legal, entienden desproporcionada la medida en supuestos de delitos menos graves cuando la expulsión cercena el derecho a la convivencia. Por el contrario en otras resoluciones, cumpliéndose el requisito de situación ilegal en España, no considera el Tribunal Supremo, relevante en dichos casos examinados, el arraigo invocado.

El caso que aquí ocupa merece un detallado análisis, en cuanto se aduce y se alega ser pareja conviviente con español, haberse integrado en el núcleo familiar con los hijos de este, la hija de la acusada y su ascendiente y sobrino.

Consta empadronamiento; declaración en el acto del juicio de su pareja, que la acusada se encuentra matriculada en el programa de calificación de auxiliar de oficina, certificado del Director del Colegio en el que se consigna que la acusada y su pareja asisten a las reuniones de seguimiento de los alumnos hijos del segundo; escrito del SESCAM en el que se informa que la acusada lleva a revisiones y consultas a los hijos menores del ciudadano español que es su pareja, y que han pretendido contraer matrimonio en dos mil nueve, no siendo autorizado por el Juez encargado del Registro civil y a fecha del presente recurso de apelación, en trámite y pendiente de Resolución por la Dirección General de Registros y Notariado. Cuestión diferente es que dicha sustitución inicialmente acordada en la Sentencia pueda ser matizada, en supuestos en los que el extranjero en el momento de la Sentencia se encuentre en situación de residencia legal, ya que es el momento del enjuiciamiento donde debe ponderarse dicha circunstancia.

Completada en esta Alzada la preceptiva audiencia sobre la expulsión y practicada la prueba en segunda instancia consistente en solicitud de residencia legal con informe favorable de arraigo emitido por el Ayuntamiento, certificado actualizado del padrón municipal y certificado de los estudios en la localidad de Daimiel de la hija de la acusada, el Ministerio Fiscal tuvo por acreditado el arraigo y no interesó la sustitución por expulsión del territorio nacional.

Conclusión que ha de ratificar este Tribunal, pues de los datos obrantes en autos, no es dable sino constatar un consolidado arraigo en la población de Daimiel. Pues, en definitiva, para la consideración de las circunstancias que determinan el arraigo ha de estarse al tiempo de permanencia en este País, la situación familiar consolidada de convivencia con ciudadano español, siendo los vínculos familiares con ciudadanos españoles una de las circunstancias determinantes de la consideración del arraigo a efectos de residencia.

Partiendo así de la consideración de dicho arraigo y la naturaleza del delito, atendida la ausencia de interés de sustitución de la pena por parte del Ministerio Fiscal y la oposición de la defensa, procede revocar la Sentencia recurrida en este particular no acordando la referida sustitución de la pena por expulsión del territorio nacional.

Expulsión del territorio nacional: nacional de Marruecos condenado a pena de privación de libertad por delito de maltrato familiar. Permiso de residencia permanente: extinción. Expulsión del territorio nacional: justificación de la medida sancionadora; existencia de amenaza real y suficientemente grave para el orden público.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares**
Fecha: **26 de mayo de 2011**
Recurso **de Apelación: 26/2011**
Ponente: **D. Pablo Delfont Maza**
Voz: **Expulsión del territorio nacional: delito de maltrato familiar. Extinción de residencia permanente**

El 29 de mayo de 2009 la Policía Nacional denunció que el aquí apelante, D. Victorino, ciudadano del Reino de Marruecos, nacido el 17 de diciembre de 1975 y con permiso de residencia permanente expedido el 23 de junio de 2006 y válido hasta el 22 de junio de 2011, se encontraba internado en el Centro Penitenciario de Mallorca cumpliendo condena de seis meses de prisión por la comisión de delito doloso.

Se trataba de delito de maltrato familiar —golpeó a su esposa, D.ª Esther, y se conformó con la pena— y el mismo 29 de mayo de 2009 se acordó iniciar procedimiento administrativo sancionador por considerarse que era de aplicación la sanción prevista en el artículo 57.2. de la Ley Orgánica 4/2000.

El 16 de junio de 2009 el Sr. Victorino adujo que el artículo 57.2. se refiere a pena privativa de libertad superior a un año y que incluso no bastaría ya que consideraba necesario que se sumase que existieran motivos acreditados de seguridad pública.

El 18 de junio de 2009 el Sr. Victorino volvió a presentar alegaciones, ahora asistido por otro Letrado, en concreto el que actualmente le asiste en el juicio, señalando en esta ocasión, primero, que dicha condena no impediría la renovación de su permiso y, segundo, que era «... miembro de la familia fundada por D. Cosme y D.ª Paloma...», que presentaría «... fe de vida laboral...» y que sus padres y otros tres hermanos también disponían de permiso de residencia permanente.

El 3 de septiembre de 2009 el Delegado del Gobierno, al tener en cuenta que el delito por el que había sido condenado permite pena superior a un año de prisión, consideró que se trataba de caso previsto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 y sancionó al Sr. Victorino con la expulsión, al tiempo que declaraba extinguido su permiso de residencia permanente.

Agotada de ese modo la vía administrativa e instalada la controversia en sede jurisdiccional, el Sr. Victorino pretendía en su demanda, en resumen, que se dejase sin efecto tanto la expulsión como «... toda anulación de su permiso de residencia...».

Pues bien, la sentencia apelada ha desestimado el recurso del Sr. Victorino y ha confirmado la decisión del Delegado del Gobierno.

En el recurso de apelación únicamente se pretende que la Sala, primero, revoque la sentencia apelada y, segundo que «... dicte asimismo nueva sentencia en la que revoque la expulsión...», de manera que nada se pide en cuanto a la extinción del permiso de residencia que ha sido declarada en al resolución del Delegado del Gobierno.

Al respecto, en la apelación se invoca la Directiva 2003/109/CE, se aduce también que el Sr. Victorino tuvo otros antecedentes penales distintos de la condena antes aludida, pero ya cancelados, se suma a todo ello que los antecedentes de esa condena «... quedarán cancelados a principios de Septiembre de 2011...» y se concluye señalando que la renovación de su permiso puede pedirla después ya que puede hacerlo hasta tres meses más tarde de su vencimiento.

En la apelación también se aborda otra cuestión, pero no se saca consecuencia alguna ya que la pretensión no es sino la ya antes señalada. En concreto se pone de relieve algo de lo que hasta aquí no hemos hecho mención, siendo que, en resumen, primero, el recurso fue parcialmente estimado y, segundo, que el recurso fue finalmente desestimado mediante Auto de aclaración dictado el 18 de octubre de 2010.

(...)

Ciertamente, el Sr. Victorino aduce en su apelación que los delitos que ha cometido y, en lo que importa, aquel determinante de la condena que cumplía al tiempo de iniciarse el procedimiento administrativo del caso, serían delitos menores, considerando así que la agresión a su esposa tendría que quedar ubicada en lo que denomina «... el contexto de un conflicto privado de pareja...», pero la Sala no puede aceptar esa apreciación, desmentida a las claras por una realidad tan pesada que la demanda social incluso ha hecho necesaria la puesta en marcha de órganos jurisdicciones especializados en la materia, movilización a la que han tenido que acompañar otros numerosos recursos, policiales y sociales, resultando de todo ello en tales casos que cabe apreciar que concurre gravedad más

que suficiente para que la adopción de medida o decisión de expulsión, como la adoptada en este caso por el Delegado de Gobierno, haya de entenderse adoptado con acierto, esto es, en presencia de una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, que es lo que requiere el artículo 12.1 de la Directiva 2003/109/CE.

Expulsión del territorio nacional: estancia irregular en territorio español. Proporcionalidad de la sanción: estancia carente de habilitación legal; falta de acreditación de circunstancias relevantes para determinar la ausencia de proporcionalidad. Motivación de la resolución sancionadora: doctrina jurisprudencial; cuando existen en el expediente administrativo datos negativos que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, dicha medida estará motivada sin que sea necesario que se haga mención de ellos en la resolución sancionadora. Prohibición de entrada: reducción de la duración de medida.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**
Fecha: **27 de junio de 2011**
Recurso de Apelación: **302/2009**
Ponente: **D. Juan Fernando Horcajada Moya**
Voz: **Motivación de la expulsión y prohibición de entrada: principio de proporcionalidad**

Si bien los supuestos muestran una variada casuística existen suficientes elementos para extraer un principio.

Así, en la STS de 28 de febrero de 2007, consta que el recurrente «no sólo se encontraba irregularmente en España y carecía de domicilio y arraigo familiar, sino que además estaba indocumentado, y... se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español» y que de tales hechos tuvo conocimiento el defensor jurídico que asistía al expedientado al notificársele la iniciación-propuesta de la resolución. Existe, por tanto, motivación suficiente y acreditación del principio de proporcionalidad.

Idénticos razonamientos en las SSTS de 28 de febrero y 29 de marzo de 2007, para confirmar una sanción de expulsión respecto a un extranjero en situación irregular, indocumentado, y del que se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español. Hechos acreditados que, por ello, constituyen motivación suficiente para la imposición de la sanción de expulsión y la aplicación ajustada a derecho del principio de proporcionalidad. Subraya que el que no se haga mención a tales hechos en la propia resolución sancionadora no conduce a que se encuentre huérfana de motivación si obran en el expediente y, por tanto, han sido debidamente puestos de manifiesto.

La misma argumentación en la STS de 22 de febrero de 2007, si bien aquí la circunstancia aneja a la estancia irregular que justifica la sanción de expulsión es la falta de cumplimiento de una orden de salida obligatoria, así como la ausencia de acreditación de la alegada solicitud de regularización de su situación en territorio español. En el mismo sentido STS de 20 de abril de 2007.

La medida de expulsión del territorio español acordada por encontrarse el apelante irregularmente en nuestro país no infringe el principio de proporcionalidad y ha sido debidamente motivada en cuanto ha permitido conocer los motivos de su imposición, el ejercicio del derecho a la defensa y la posibilidad de que la Sala lleve a cabo el correspondiente control de legalidad. La sanción impuesta se encuentra legalmente prevenida por el legislador precisamente para la concreta infracción por él cometida.

La medida de expulsión del territorio español acordada por encontrarse el apelante irregularmente en nuestro país no infringe el principio de proporcionalidad y ha sido debidamente motivada en cuanto ha permitido conocer los motivos de su imposición, el ejercicio del derecho a la defensa y la posibilidad de que la Sala lleve a cabo el correspondiente control de legalidad. La sanción impuesta se encuentra legalmente prevenida por el legislador precisamente para la concreta infracción por él cometida. El apelante no acredita circunstancia alguna que permita fundamentar que la expulsión, prevenida por la norma como una opción sancionadora legítima en estos supuestos específicos, no lo es en el concreto caso del mismo, y únicamente sería proporcional la sanción alternativa de multa.

Es cierto que la multa constituye una sanción alternativa menos restrictiva de derechos, pero también menos eficaz para la consecución de la finalidad de restablecimiento del orden jurídico perturbado perseguida por la ley.

En consecuencia, debe concluirse que la expulsión de quien carece de habilitación legal para residir en España constituye una medida sancionadora proporcionada, que se encuentra específicamente establecida por la Ley para los supuestos de estancias carentes de habilitación legal. Aunque no hay constancia en los autos —ni en la grabación del acto del juicio— de dato alguno que permita inferir que el recurrente no convive con su hijo menor ni atiende las obligaciones correspondientes a la patria potestad (como declara la sentencia apelada), ello no es obstáculo al razonamiento desestimatorio que ahí se contiene. Es mayor de edad, su hijo ostenta su nacionalidad y los hermanos con quienes convive no tienen el derecho a reagrupamiento, conforme a lo dispuesto en el art. 17 de la citada Ley Orgánica.

La Administración puede legítimamente imponer esta sanción, dentro de las opciones prevenidas legalmente, que es precisamente la que restablece el orden jurídico perturbado. Incumbe a la parte contraria, que impugna la sanción por falta de proporcionalidad, acreditar la concurrencia de circunstancias que se den en su caso concreto y que sean relevantes para determinar tal desproporción.

Expulsión del territorio nacional: permanencia ilegal en territorio español. Proporcionalidad de la sanción: permanencia ilegal y datos negativos suficientes para justificar la sanción impuesta; carencia de documentación, por lo que no puede acreditarse ni la identidad, filiación ni fecha o forma de entrada en nuestro país; antecedentes policiales.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia**
Fecha: **18 de julio de 2011**
Recurso de Apelación: **558/2010**
Ponente: **Dña. Ascensión Martín Sánchez**
Voz: **Sanción de expulsión y principio de proporcionalidad: antecedentes policiales**

Y señala la sentencia que los hechos constituyen una infracción grave a tenor del art. 53.a) de la Ley 4/2000, en la redacción dada por Ley 8/2000, y se faculta a la administración sancionadora para adoptar la medida de expulsión y que el acuerdo está motivado. Y en cuanto a la medida de expulsión acordada ha de considerarse correcta y motivada al venir autorizada en el art. 57.1.º de la LO 4/2000, como medida sustitutoria de la sanción de multa, y que es correcta la prohibición de entrada en España durante siete años, al ser la situación del recurrente la más grave de las contempladas en el art. 53.a), al carecer de autorización para encontrarse en nuestro país, y la resolución sancionadora está motivada y resulta respetuosa con las exigencias del art. 54.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, toda vez consta en el mismo los

hechos que se imputan, el precepto infringido. Y que está motivado tanto la sanción de expulsión como el tiempo de prohibición de entrada en nuestro país por 7 años, por su situación de estancia irregular en territorio español al que hay que añadir no le consta documentación, ni pasaporte, y no se acredita arraigo y no se ha vulnerado el principio de proporcionalidad. Y constarle antecedentes policiales por delito de usurpación de estado civil. Por lo que desestima el recurso.

(...)

En el presente caso, la resolución impugnada acuerda la expulsión de la recurrente apelante D. Carmelo, nacional de Marruecos, en el expediente administrativo no consta pasaporte, sin familia ni arraigo en España y en prisión, contra la resolución de la Delegación del Gobierno de Murcia, que acuerda la expulsión del mismo y la prohibición de entrada en España durante siete años, por infringir el art. 53.a) de la LO 4/2000, con cobertura en el art. 57 de la misma Ley, no estando justificada ni motivada expresamente la medida en los hechos antes expuestos, de encontrarse en España de forma ilegal, sin comunicar su estancia a las autoridades españolas, ni solicitar permiso de residencia o de trabajo.

(...)

Por último el TS sigue el mismo criterio en la sentencia de 5 de julio de 2007 (Secc. 5.ª) en la que dice: Tampoco este motivo puede ser estimado (infracción del principio de proporcionalidad). Consta en el expediente que el actor se encontraba indocumentado y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, ignorándose cuándo y por dónde entró en el territorio nacional. Esta circunstancia justifica la opción por la sanción de expulsión en vez de por la de multa, según hemos declarado en numerosas sentencias (entre otras, y por citar algunas de las últimas, SSTS de 29 de marzo y 20 de abril de 2007). Cabe añadir a tales sentencias la de 28 de junio de 2007 (en la que se trataba de un caso en el que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existían específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico).

Y al existir motivación expresa y suficiente en la resolución de la Delegación del Gobierno, que acuerda la expulsión del apelante y la prohibición de entrada en España por un periodo de siete años.

Se debe confirmar en este extremo, por la falta de documentación y los antecedentes policiales estas circunstancias negativas que deben ser valoradas y que en opinión de esta Sala son suficientes para justificar las sanciones impugnadas.

Expulsión del territorio nacional: permanencia ilegal en territorio español. Motivación de la resolución sancionadora: en el expediente administrativo constan, junto a la situación de permanencia ilegal, datos negativos suficientes para que la sanción impuesta esté justificada; existencia de sanción de multa anterior debido a la situación irregular. Arraigo: no consta por el hecho de que la madre tenga permiso de residencia permanente en España, ya que el actor es mayor de edad y no cumple los requisitos para acceder por razón de parentesco a la reagrupación familiar.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja**

Fecha: **19 de julio de 2011**

Recurso de Apelación: **75/2011**

Ponente: **D. Luis Antonio Loma-Osorio Faurie**

Voz: **Expulsión del territorio nacional: sanción de multa anterior. Ausencia de arraigo**

Nuevamente el 11 de febrero de 2010, la Jefatura Superior de Policía de La Rioja acordó la iniciación de expediente de expulsión, que se tramitó bajo el n.º (...), y concluyó por Resolución de la Delegación del Gobierno en La Rioja de 23 de marzo de 2010, en la que se le impuso la sanción de expulsión del territorio español y prohibición de entrada en los territorios de los países del Convenio de Schengen por un período de tres años. En dicha resolución se le imputaba encontrarse irregularmente en territorio español, ya que no se hallaba en período de estancia legal y carecía de autorización de residencia, habiendo sido ya sancionado anteriormente y advertido de la obligación de abandonar el territorio español sin que lo hubiera cumplido.

(...)

Achaca el recurrente a la Sentencia de instancia el no haber tenido en cuenta que convive con su madre, la cual tiene permiso permanente de residencia en España, y que no le parece suficiente justificación para la adopción de una medida de expulsión el hecho de que anteriormente ya hubiese sido objeto de otra sanción administrativa de multa.

Ninguno de dichos argumentos debe ser acogido, a la vista de los antecedentes fácticos consignados en el fundamento anterior.

(...)

En el presente caso, tanto en la resolución administrativa impugnada ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Logroño, como en la sentencia de éste que la confirmaba, y ahora es recurrida en apelación, claramente se motivaba la opción por la sanción de expulsión, expresando que, además de la estancia irregular en territorio español, concurre una circunstancia negativa consistente en la previa existencia de una multa al recurrente en el año 2009 como consecuencia de su estancia ilegal en España. Por tanto, paralelamente a la situación de estancia ilegal del recurrente, concurre un hecho negativo como es el haber sido ya objeto de otro expediente sancionador que se saldó con imposición de multa. En este sentido, «la sanción de expulsión se manifiesta como el medio idóneo para restaurar el interés público al que atiende la exigencia de autorización cuando se produce la reiteración de permanencia en territorio nacional sin la correspondiente autorización administrativa», como expresa el fundamento jurídico segundo de la Sentencia apelada.

La Sala comparte la tesis de la juzgadora de instancia porque, conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente reseñada, han de valorarse los datos negativos, como es en este caso la previa existencia de otro expediente sancionador que concluyó con multa, no pudiéndose convertir la sucesiva imposición de multas por estancia irregular en título habilitante para continuar residiendo ilegalmente en España; resultando ineficaz, frente a tales datos negativos, el alegado arraigo. Máxime cuando, como con acierto advierte el Sr. Abogado del Estado, el hecho de que la madre del recurrente resida legalmente en España en nada altera la posición jurídica de éste, el cual es mayor de edad y, por tanto, tiene plena independencia personal y patrimonial, así como capacidad jurídica y de obrar; sin que pudiera acceder, por razón de parentesco, a la reagrupación familiar prevista en el art. 17.b) de la LO 4/2000, ya que ésta se limita a los descendientes menores de edad o incapacitados. Y sin que tampoco se hayan acreditado especiales circunstancias de entidad suficiente, como dependencia económica o de otro tipo entre madre e hijo, que justifiquen la modificación de la sanción impuesta.

Procede, en coherencia con cuanto se ha expuesto, desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida.

Expulsión del territorio nacional: nacional de Brasil; residencia ilegal. Proporcionalidad de la sanción: Justificación de la medida; residencia ilegal e incumplimiento de los requisitos necesarios para legalizarla; no se acredita arraigo familiar, social o económico ni medios económicos en España. Extensión de la prohibición de entrada: ponderación de las circunstancias del caso; reducción de la duración.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León**
Fecha: **22 de julio de 2011**
Recurso de Apelación: **131/2011**
Ponente: **D. Francisco Javier Pardo Muñoz**
Voz: **Expulsión y prohibición de entrada: ausencia de arraigo**

La sentencia objeto de apelación desestimó el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto por don Marino, nacional de Brasil, contra la Resolución dictada por el Subdelegado del Gobierno de Valladolid de fecha 6 de septiembre de 2010 por la que se impone al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional español, con prohibición de entrada por un plazo de dos años, como responsable de la infracción prevista en el art. 53.a) de la LOEX, conforme a lo dispuesto en el art. 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, declarando la conformidad a Derecho de la resolución impugnada, por entender, en esencia, que ha de estimarse acreditada la infracción imputada al actor pues no obra en su pasaporte sello de entrada en el territorio Schengen, habiendo solicitado el 27 de noviembre de 2008 autorización de residencia temporal, que le fue denegada el 17 de abril de 2009, sin que a la apreciación de esta infracción sea obstáculo el que la actora solicitara una autorización de residencia pues a pesar de su denegación continuó su residencia en España; y que en cuanto al alegato de vulneración del principio de proporcionalidad, a la permanencia ilegal en España se une la circunstancia de que no ha acreditado tener medios económicos para subsistir ni un arraigo familiar o laboral relevante —en su declaración policial manifiesta que no tienen familiares en España, que no ha abandonado el territorio español a pesar de que le fue expresamente denegada la autorización de residencia, no habiendo acreditado cuándo y cómo entró en territorio Schengen, no demostrando lo manifestado por el actor la existencia de arraigo, todo lo cual pone de manifiesto una evidente falta de voluntad integradora en nuestra comunidad, lo que justifica y motiva que se le imponga la sanción de expulsión y no la de multa. Permitirle regularizar su situación, y que le fue denegada la autorización de residencia, lo que demuestra la voluntad de residir de forma legal en España, lo que le separa de otros supuestos.

La Abogacía del Estado se opone a la apelación alegando que en el presente caso no se trata de la concesión de un permiso de residencia temporal por razones de arraigo sino de valorar la conformidad a Derecho de una resolución que acuerda una orden de expulsión; y que ha de concluirse en la total falta de arraigo pues no ha acreditado tener medios económicos para subsistir, ni un arraigo familiar o laboral relevante, constando que no ha abandonado el territorio español a pesar de que le fue expresamente denegada la autorización de residencia, no habiendo acreditado cuándo y cómo entró en territorio Schengen, resultando clara la corrección de la opción por la expulsión pues el recurrente no niega su situación irregular y no ha conseguido acreditar arraigo suficiente que permitiera sustituir esta sanción por la de multa, lo que impide apreciar desviación de poder o arbitrariedad en la adopción de la medida.

(…)

Pues bien, esto último es lo que ocurre en el presente caso, en que a la permanencia ilegal en España de la parte recurrente —cuestión no discutida en esta alzada— se une la circunstancia subrayada en la resolución impugnada —y en la sentencia de instancia— de que no reúne ningún requisito para legalizar su situación en España —se le ha rechazado en una ocasión su solicitud—, sino que también carece de cualquier tipo de arraigo en nuestro país (que «no puede deducirse en modo alguno de la pura permanencia ilegal en España», STS de 22 de diciembre de 2005), y de medios económicos para subsistir en España, debiendo significarse que el arraigo de tipo familiar, social o económico, y la tenencia o no de medios adecuados de vida, que habrán de ser suficientes, regulares y permanentes, o al menos no esporádicos,

y que deberán cubrir el sustento del extranjero y, en su caso, de las personas a su cargo, deben ser probados por el extranjero, lo que aquí no ha ocurrido, recordándose que en la actualidad el concepto jurídico indeterminado de arraigo puede complementarse con el contenido en el artículo 124 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, sobre arraigo laboral —permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, sin antecedentes penales y relación laboral cuya duración no sea inferior a seis meses, presentando una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite—, social —permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años, careciendo de antecedentes penales y contando con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año—, familiar —vínculos familiares con otros extranjeros residentes, entendiéndose referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa—, o por integración social —en virtud de informe emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual, en el que conste el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales—, sin que sea suficiente a los efectos de apreciar el arraigo el mero empadronamiento en un municipio del territorio español (STS de 27 de mayo de 2008), ni la mera existencia de una oferta de trabajo es en sí misma relevante a los efectos de acreditar el arraigo, ya que «ha de tenerse en cuenta que la oferta "per se" no denota una vinculación laboral, pues el arraigo ya es expresión de una vinculación, aún fáctica con el mercado de trabajo, y la oferta en sí misma solo es denotativa de una vocación futura de vinculación de llegar a materializarse la misma. Tal oferta, por otro lado, debe, en su caso, utilizarse para la obtención del permiso de trabajo en régimen ordinario, mas no es en sí misma, conceptualmente, expresiva de la situación de arraigo» (STS de 24 de mayo de 2007), pues no debemos olvidar que lo relevante no es la vocación de arraigo, que por sí sola no tiene ninguna virtualidad, ya que los requisitos que configuran la situación de arraigo no pueden cumplirse de vísperas, porque se quiere arraigar, sino porque ya se ha arraigado, sin que, por lo demás, esta Sala estime concurran razones que justifiquen apartarse de las apreciaciones efectuadas por el juzgador a quo, aprovechando al máximo las ventajas de la inmediación, determinantes del rechazo del arraigo e integración que la parte apelante pretende.

Expulsión del territorio nacional: nacional de Brasil en situación irregular. Proporcionalidad de la sanción: motivación de la resolución impugnada; carencia de documentación que justifique la estancia, ni intento por obtenerla; falta de voluntad integradora e inexistencia de arraigo. Retroactividad de la norma más favorable: reducción de la extensión de la medida de prohibición de entrada.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León**

Fecha: **22 de julio de 2011**

Recurso de Apelación: **214/2011**

Ponente: **D. Agustín Picón Palacio**

Voz: **Inexistencia de arraigo: expulsión del territorio nacional. Sanción proporcional**

Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo se dictó sentencia definitiva, en cuya parte dispositiva se lee: «Fallo.—Que desestimando el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la letrado Sra. Ortiz Estévez en nombre y representación de D. Fabio nacional de Brasil, con NIE (...), contra la resolución de la Subdelegación de Gobierno de Valladolid de fecha 26 de agosto de 2009, dictada en el expediente sancionador n.º (...) en la que se acuerda Decretar la expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en el mismo y en el territorio Schengen por un plazo de tres años, debo declarar y declaro que el acto administrativo es conforme a derecho, debiendo mantener el mismo y desestimada la pretensión deducida por la parte actora de este recurso. Todo ello, sin que proceda establecer una especial condena en costas. Así por esta mi sentencia, frente a la que cabe interponer recurso de apelación para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla y León con sede en Valladolid, en el plazo de quince días, mediante escrito motivado a presentar ante este Juzgado, lo pronuncio, mando y firmo».

(...)

En el presente caso ha de considerarse que la administración, en la resolución dictada y recurrida en vía judicial, ya expuso —concretamente en el aparatado d) del fundamento de derecho segundo de la misma— las razones por las que estimaba procedente la expulsión que decretaba. Del mismo modo se reiteraron por la Juzgadora a quo tales carencias que pasaban por la inexistencia de documentación alguna que justificase su estancia en España, sin rastro alguno de su intento de obtenerlo, con lo que se da lugar a una evidente falta de voluntad integradora en nuestra comunidad, partiendo del respeto a las leyes, y sin que exista el menor rastro, tampoco, de la existencia de medios de vida bastantes para atender de las necesidades de la parte hoy apelante, ni de ninguna otra vinculación con España que determine su arraigo a efectos legales. De ahí que deba entenderse que la resolución dictada en la instancia es ajustada a derecho y que deba, como se hace, desestimarse la impugnación que se la ha dirigido.

Otra solución, como la pretendida por la parte recurrente, vendría a establecer un régimen para ella igual al de otras personas que, aun estando irregularmente en territorio nacional, sin embargo han demostrado la existencia de una mayor voluntad de integración, como la asistencia de cursos oficiales de idiomas, trabajos realizados, mantenimiento de relaciones estables con nacionales, etc. Si a esas personas se les aplicase el mismo régimen de sanción que a la actora, es entonces cuando la proporcionalidad de la sanción quedaría quebrantada, pues se estaría tratando igual lo que es claramente desigual, dándose así lugar a intolerables agravios comparativos.

Razones todas que conducen a la desestimación que se hace del recurso de apelación estudiado.

Expulsión del territorio nacional: permanencia en situación irregular en territorio español. Proporcionalidad de la sanción: motivación suficiente de la resolución impugnada; permanencia ilegal en España; falta de voluntad integradora e inexistencia de arraigo. Arraigo: el empadronamiento en un municipio del territorio español no es suficiente para apreciar la existencia de arraigo. Prohibición de entrada: reducción de la duración de la medida.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León**

Fecha: **29 de julio de 2011**

Recurso de Apelación: **149/2011**

Ponente: **D. Francisco Javier Pardo Muñoz**

Voz: **Inexistencia de arraigo: expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada**

La sentencia objeto de apelación desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto (...) contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Valladolid, de fecha 2 de febrero de 2009, por la que se acuerda la expulsión de la parte demandante del territorio nacional español, con prohibición de entrada por un plazo de tres años, como responsable de una infracción prevista en el artículo 53.a) de la LOEX, prohibición de entrada que será extensiva por el mismo período al territorio Schengen, considerando dicha Resolución conforme a Derecho, por entender, en esencia, que en la demanda no se cuestiona la situación de irregularidad; que respecto de la alegada vulneración del principio de proporcionalidad, no ha acreditado una situación de arraigo en España, pues no ha aportado ninguna prueba que acredite una situación de arraigo ni familiar ni sociolaboral, no pudiendo considerarse la actividad que realiza la demandante en España para obtener ingresos, en tanto realizada sin haber obtenido la correspondiente autorización, como interés económico que evidencie una situación de arraigo, no acreditándose la relación sentimental que invoca —novio español— ni se acredita ningún trámite para la regularización de la situación de la situación de la demandante, de suerte que la falta de prueba acerca de la existencia de intereses económicos, familiares o sociales o de una de las situaciones previstas en el artículo 45 del Reglamento de la LOEx evidencia la ausencia de arraigo; que ni ha intentado la regularización ni acredita la posibilidad de regularizar su situación en España, recogiéndose en la resolución administrativa impugnada, entre otras, las siguientes circunstancias negativas que afectan a la demandante: — ha permanecido largo tiempo en España sin intentar regularizar su situación; — ha actuado de forma intencionada y voluntaria al permanecer de forma irregular en España sin las preceptivas autorizaciones; — carece de arraigo familiar y sociolaboral; — no concurren los requisitos necesarios para alcanzar la residencia legal en España; y que en el presente supuesto no se puede decir que no esté justificada la expulsión, pues se acredita la existencia de motivos suficientes para fundamentar la opción por la sanción de expulsión pues a la vista de las circunstancias concurrentes, la sanción de multa sólo perpetuaría la situación de irregularidad en que se encuentra la demandante, que no ha intentado regularizar su situación en España, habiendo permanecido en esta situación cerca de dos años, que no acredita arraigo alguno y que no acredita una posibilidad de regularizar su situación en España, datos, todos ellos, a partir de los que ha de concluirse que no se constata una situación de mera estancia irregular en España.

(...)

Pues bien, esto último es lo que ocurre en el presente caso en que a la permanencia ilegal en España de la parte actora se une la circunstancia subrayada en la resolución impugnada —y en la sentencia de instancia— de que no sólo se encontraba irregularmente en España, no habiendo intentado en momento alguno regularizar su situación, lo que denota una evidente falta de voluntad integradora, sino que además carecía de arraigo, debiendo significarse que el arraigo de tipo familiar, social o económico deben ser probados por el extranjero, lo que aquí no ha ocurrido, recordándose que en la actualidad el concepto jurídico indeterminado de arraigo puede complementarse con el contenido en el artículo 124 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, sobre arraigo laboral —permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, sin antecedentes penales y relación laboral cuya duración no sea inferior a seis meses, presentando una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite—, social —permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años, careciendo de antecedentes penales y contando con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año—, familiar —vínculos familiares con otros extranjeros residentes, entendiéndose referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa—, o por integración

social —en virtud de informe emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual, en el que conste el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales—, sin que sea suficiente a los efectos de apreciar el arraigo el mero empadronamiento en un municipio del territorio español (STS de 27 de mayo de 2008), ni la mera existencia de una oferta de trabajo es en sí misma relevante a los efectos de acreditar el arraigo, ya que «ha de tenerse en cuenta que la oferta "per se" no denota una vinculación laboral, pues el arraigo ya es expresión de una vinculación, aun fáctica con el mercado de trabajo, y la oferta en sí misma solo es denotativa de una vocación futura de vinculación de llegar a materializarse la misma. Tal oferta, por otro lado, debe, en su caso, utilizarse para la obtención del permiso de trabajo en régimen ordinario, mas no es en sí misma, conceptualmente, expresiva de la situación de arraigo» (STS de 24 de mayo de 2007), pues no debemos olvidar que lo relevante no es la vocación de arraigo, que por sí sola no tiene ninguna virtualidad, ya que los requisitos que configuran la situación de arraigo no pueden cumplirse de vísperas, porque se quiere arraigar, sino porque ya se ha arraigado. En fin, la permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo y en la resolución impugnada son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por la que expulsó al actor del territorio nacional, debiendo significarse, además de lo ya dicho en la total ausencia de arraigo familiar y sociolaboral, en los términos anteriormente indicados y acertadamente valorados por el juzgador de instancia.

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: **Tribunal Supremo**
Fecha: **21 de junio de 2011**
Recurso: **Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3428/2010**
Ponente: **D. José Luis Gilolmo López**
Voz: **Trabajador que carece de la preceptiva autorización de trabajo. Despido improcedente: consecuencias respecto a los salarios de tramitación**

Resumen: «SEGUNDO.—El art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de modo similar a la regulación inmediatamente anterior (LO 8/2000), además de establecer que ha de ser el empleador el que "deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1", prevé de modo literal que la carencia de ella "por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Y si los arts. 56.1.b) y 53.5 (este último equipara los efectos de la extinción por causas objetivas al despido disciplinario) del ET y 110.1 y 113 de la LPL establecen con claridad, en los casos de despidos improcedentes y algunos nulos, la condena al empresario al abono de

los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, y el extranjero extracomunitario sin la pertinente autorización, pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley antes transcrita, no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación, es evidente que, en la medida en que tales salarios forman parte de la protección legal, tiene derecho a percibirlos en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador, extranjero o no, que haya sido despedido contrariando nuestra legalidad, sobre todo si tenemos en cuenta la primordial naturaleza indemnizatoria de tales devengos, tal como, rectificando doctrina anterior (STS 7 de julio de 1994, R. 93/94), tiene declarado constante jurisprudencia (por todas, SSTS 14 de julio de 1998, R. 3482/97; 10 de julio de 2000, R. 4486/98; 2 de febrero de 2000, R. 3210/99; 1 de marzo de 2004, R. 4846/02; y las que esta última cita), y ni siquiera se cuestiona la posibilidad de compensarlos en la forma prevista en el propio art. 56.1.b) ET porque, con no constar que la demandante estuviera simultáneamente empleada en cualquier otra ocupación remunerada, la condena únicamente comprende el período trascurrido entre el día del despido y el día en el que el Juzgado de instancia dictó la sentencia que, además de la declaración de improcedencia, acordó excepcionalmente la extinción contractual.

Por otra parte, la cuestión que el recurso plantea ya ha sido resuelta por esta Sala en la sentencia de 29 de septiembre de 2003 (RCUD 3003/02), cuya solución hay que reiterar, si bien hemos de precisar que el contrato de trabajo del extranjero sin la preceptiva autorización está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley, que, sin embargo, contempla la validez respecto a los derechos del trabajador afectado, y por más que la normativa sobre el trabajo de los extranjeros en España estaba entonces regulada, en lo que aquí interesa, en el art. 36 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que reformó en parte la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en esta ocasión, dada la fecha en la que se produjo el despido de la actora (28 de julio de 2009), aquella regulación ya había sido modificada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre"».

Nota: Una trabajadora de nacionalidad brasileña presta servicios laborales como camarera a favor de empleador, en un establecimiento de hostelería de Castellón, desde el día 17 de diciembre de 2006 hasta el día 10 de diciembre de 2007, fecha en que cesa la relación laboral por ser detenida debido a su situación irregular en España. No obstante lo anterior, el 17 de abril de 2008, vuelve a trabajar de nuevo para el mismo empresario, en el mismo centro de trabajo y con igual categoría profesional. Después de algo más de un año, se llevó a cabo una visita en el establecimiento por la Inspección de Trabajo en la que se detectó que la trabajadora prestaba servicios sin autorización para trabajar; se levanta la correspondiente acta de infracción, y la Subdelegación de Gobierno de Castellón impuso la correspondiente multa al empleador. Cuatro días después de la visita de la Inspección, y detectada la irregularidad en la situación de la trabajadora, el empleador procede a despedirla, de forma verbal y sin alegar ninguna de las causas previstas en la legislación laboral.

El Juzgado de lo Social núm. 4 de Castellón dicta Sentencia el 20 de noviembre de 2009, en la que estimando en parte la demanda de despido de la trabajadora, declara su improcedencia y condena a la empresa a abonarle una cantidad en concepto de indemnización por su improcedente despido. La citada Sentencia fue recurrida en suplicación por la trabajadora extranjera; la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana dicta Sentencia el 7 de julio de 2010, en la que se estima el recurso, y condena a la empresa a abonarle una cantidad en concepto de salarios de tramitación.

La cuestión debatida, y que conoce el Tribunal Supremo, no es otra que la de determinar si entre los efectos que el contrato de trabajo celebrado por trabajador extranjero que carece de las preceptivas autorizaciones se incluyen los llamados salarios de tramitación como consecuencia de un despido declarado improcedente desde la fecha del despido a la de la notificación de la sentencia de instancia, en virtud de lo que prevén los artículos 56 ET y 110 LPL, así como en el artículo 36.1 y 3 Ley

de Extranjería (en su redacción anterior a la reforma de la LO 2/2009).

El recurrente presenta como sentencia de contraste la dictada el 28 de enero de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En ésta, según resulta de los hecho probados, una ciudadana de nacionalidad peruana venía prestando servicios como ayudante de cocina con una antigüedad de casi cuatro años, cuando es despedida por escrito por el empleador alegando que había tenido conocimiento de alguna posible irregularidad en su permiso de trabajo, y al serle requerido, la trabajadora reconoce su expiración, sin haber solicitado la segunda renovación. La Sentencia de instancia declara nulo el despido sin obligación del abono de los salarios de trámite, y la Sala de suplicación confirma tal decisión por entender que la extinción contractual viene motivada por una causa objetiva (la pérdida de vigencia de la autorización administrativa de trabajo), en concreto, por ineptitud en el trabajo [artículo 52.a) ET], pero al no haber seguido el empleador las formalidades legalmente previstas para proceder a la extinción (preaviso, puesta a disposición del trabajador la indemnización legal y el otorgamiento de un permiso retribuido para la búsqueda de empleo ex artículo 53 ET) declara la nulidad del despido; al no resultar posible la readmisión, la sustituye por una indemnización, aunque sin salarios de tramitación.

El Tribunal Supremo entiende que concurre el presupuesto de contradicción exigido por el artículo 217 LPL, y procede a examinar la cuestión de fondo.

La cuestión ha sido abordada en numerosos pronunciamientos judiciales, si bien de manera contradictoria, estando pendiente que el Tribunal Supremo se pronunciara en unificación de doctrina. La importancia del pronunciamiento que ahora se reseña justifica que se aborde el análisis detenido en otra parte de esta Revista.

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**
Fecha: **20 de mayo de 2011**
Recurso: **Recurso de Suplicación núm. 6147/2010**
Ponente: **Dña. María del Mar Gan Busto**
Voz: **Sucesión de empresa: trabajador que carece de la preceptiva autorización de trabajo. Despido improcedente: consecuencias**

Resumen: «"PRIMERO.—Contra la sentencia de instancia en la que declara la improcedencia, condenando a Spie Ibérica de Mantenimiento y Montaje, S.A. a su opción, que deberá realizar en el plazo de cinco días ante este Juzgado desde su notificación, a readmitir en su mismo puesto y condiciones de trabajo o a abonarle una indemnización de 3.974,89 euros, y de no efectuarse tal opción, se entenderá que se hizo por la readmisión, en cualquiera de las opciones deberá el empresario así condenado satisfacer al actor los salarios de tramitación desde la fecha de su despido el 1 de diciembre de 2009 hasta la notificación de la sentencia o hasta que hubiere encontrado otro empleo, a razón de 48,18 euros diarios, absolviendo a ubatec S.A., Cofely España SAU antes Elyo Gymsa Ibérica, S.A., UTE Instal-lacions Montjuic y al Fogasa del petitum deducido en su contra en la demanda origen de las presentes actuaciones, sin perjuicio este último de sus responsabilidades legales.

Se alza en suplicación la parte actora articulando el recurso por la doble vía de los apartados b) y c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563) y ha sido impugnado por la empresa SERVEIS INTEGRALS DE MANTENIMENT RUBATEC S.A.

Y tiene como finalidad el que se extienda la responsabilidad solidaria en el despido improcedente del resto de la codemandadas que han sido absueltas en la sentencia de instancia.

También la empresa SPIE IBÉRICA DE MANTENIMIENTO Y MONTAJE, S.A. articula el recurso por la doble vía de los apartados

b y c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral que ha sido impugnado por la empresa SERVEIS INTEGRALS DE MANTENIMENT RUBATEC S.A., Cofely España SAU antes Elyo Gymsa Ibérica, S.A., y la parte actora.

Centrando los términos del recurso en la revocación de la sentencia de instancia en cuanto a la condena del pago de la indemnización y el pago de los salarios de tramitación. […]

TERCERO.—Al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, como segundo motivo de censura jurídica alega la infracción del art. 1.255 del Código Civil, art. 37.1 y art. 54.d de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y art. 37.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

La justificación del mismo lo basa en que la obligación de subrogación contractual puede llevar consigo el que tenga que cometer irregularidades, y a partir de los 21 años de edad el régimen comunitario deja de amparar al actor en la realización de trabajos por cuenta propia o ajena y debe solicitar el permiso de trabajo, al ser un ciudadano cubano descendiente directo de ciudadano español.

El art. 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en su redacción previa a la Ley Orgánica 2/2009, vigente hasta el 12/1/2009) que dispone: "Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar".

Por otra parte el art. 37.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en el que considera infracción muy grave contratar trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo.

Y así mismo el art. 54.1.d) de la antes citada Ley Orgánica 4/2000 que establece como infracción muy grave la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo.

Se produce la infracción de los arts. citados en los términos que lo formula la parte recurrente pues queda acreditado que el actor nació el 14 de septiembre de 1988 según se deduce de la tarjeta de residencia folio 286 y el 14 de septiembre de 2009, ya no tenía permiso de trabajo, ya que al ser un ciudadano cubano el actor descendiente de ciudadano español tenía la autorización para trabajar por aplicación de régimen comunitario de extranjería hasta el momento de cumplir 21 años por la aplicación del art. 2 del RD 240/2007 de 16 de febrero de entrada y circulación y residencia en España, pero a partir de los 21 años, debe solicitar permiso de trabajo.

CUARTO.—Teniendo en cuenta la jurisprudencia que se recoge en lo que es de aplicación al presente caso en la STS 5820/2003. N.º de Recurso: 3003/2002. Fecha de Resolución: 29 de septiembre de 2003. La válida existencia de contrato de trabajo como por tratarse de ciudadano extranjero no comunitario que carecía de la correspondiente autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo, procede tener en cuenta que cuando se procede al cese de la aquí demandante se encontraba en vigor (y era de aplicación) la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en cuyo artículo 33, si bien en su apartado número 1, dispone que "Los extranjeros mayores de 16 años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional en España deberán obtener una autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo", ello se matiza en el párrafo segundo del número 3, cuando establece que "Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener la autorización previa al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero". Matización que establece con toda claridad, que el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley un contrato nulo. Así, en este sentido, ya se pronunció esta Sala en sentencia de 9 de junio de 2003 (re-

curso 008/4217/02) —fundamento de derecho tercero, apartado 2—, sobre responsabilidad de la empresa en accidente de trabajo sufrido por ecuatoriano sin permiso de trabajo ni de residencia, que después de hacer cita del artículo 33.3 de la Ley Orgánica 4/2000, entiende que "Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo...".

Esta conclusión se reafirma aún de manera más patente, en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando en el párrafo primero del número 3 del artículo 36 alude concretamente al "extranjero no autorizado para trabajar" —que es a tenor de lo dispuesto en el número 1, el que carece del permiso de residencia o autorización de estancia— y, establece en tal caso que los empresarios "deben obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de éste artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales". A lo que añade, el párrafo segundo de dicho número 3, que "La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero".

QUINTO.—Pero hay que precisar que la validez y eficacia del contrato de trabajo en los términos expuestos por la jurisprudencia citada aun cuando se carezca de permiso de trabajo hay que delimitarlos entre las partes contratantes, pues la situación irregular del trabajador debe de asumir la responsabilidad en cuanto a la falta de diligencia por parte de la empresa que lo contrató, folio 145 y para la que venía trabajando como consta en el hecho probado primero para UTE INSTALLACIONS MONTJUIC, integrada por Rubatec S.A. y Cofely España SAU, y que al cumplir los 21 años se extinguía la autorización para trabajar de conformidad con la normativa Comunitaria citada anteriormente, motivo por el cual la subrogación no es ajustada a derecho ya que contraviene lo dispuesto en el art. 1255 del Código Civil, que establece que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público.

Y precisar que el art 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero hace referencia a la autorización administrativa previa para trabajar, y en este caso queda acreditado que no tiene cuando se produce la subrogación por parte de la parte recurrente, el 1 de diciembre de 2009.

Por ello no tiene obligación se subrogarse en el actor la parte recurrente, en la medida que ha dado cumplimiento a la subrogación de toda la plantilla a excepción del actor, y siendo ajustado a derecho pues el admitir que la subrogación del actor se producirían unas infracciones legales en los términos que se ha establecido anteriormente.

En consecuencia estimamos el recurso de suplicación que formula la empresa Spie Ibérica de Mantenimiento y Montaje S.A., absolviéndola de los pedimentos deducidos en la demanda, y revocando en consecuencia la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos.

Con las consecuencias legales establecidas en los artículos 201.1 de la Ley de Procedimiento Laboral"».

Nota: Un ciudadano de nacionalidad cubana, familiar de ciudadano de la Unión Europea venía prestando servicios por cuenta ajena para UTER Installacions Montjuic, integrada por Rubatec, S.A. y Cofely España, SAU, antes Elyo Gymsa Ibérica, S.A., en el sector de servicios de mantenimiento, en concreto en los trabajos de mantenimiento que su empleadora realizaba en el Palau Sant Jordi, y con una antigüedad de 11 de febrero de 2008.

Dicha actividad fue subrogada por Spie Ibérica de Mantenimiento y Montajes, S.A., razón por la cual pasó toda la plantilla del centro a dicha empresa, salvo el ciudadano cubano. La razón que alega la empresa para ello es que el actor carecía del preceptivo permiso de trabajo, al haber perdido la condición de comunitario asimilado una vez que había cumplido los 21 años.

La Sentencia de instancia declara la improcedencia del despido y condena a la empresa, a

su opción, en el plazo de cinco días, a readmitir en su mismo puesto y condiciones de trabajo o a abonarle la indemnización y salarios de tramitación.

Dicha sentencia es recurrida por el actor, con el fin de que se extienda la responsabilidad solidaria en el despido improcedente del resto de las codemandadas, que habían sido absueltas en aquélla. Spie Ibérica de Mantenimiento y Montajes, S.A., por su parte, centra el recurso de suplicación en la revocación de la sentencia de instancia en cuanto a la condena del pago de la indemnización y el pago de los salarios de tramitación. Entiende la empresa que de admitirse la obligación de subrogación contractual podría llevar consigo el que la empresa cometiese irregularidades al necesitar el actor de la correspondiente autorización de residencia y trabajo.

De nuevo nos encontramos sobre un supuesto en que el artículo 36.5 de la Ley de Extranjería debe ser matizado, pues a pesar de que el legislador insista en que la carencia de la correspondiente autorización de residencia y trabajo no invalida los efectos del contrato de trabajo, se viene insistiendo que la validez y eficacia del contrato, como viene marcando la jurisprudencia, hay que delimitarlos entre las partes contratantes, de forma que «la situación irregular del trabajador debe de asumir la responsabilidad en cuanto a la falta de diligencia por parte de la empresa que lo contrató». No puede admitirse que sea a todos los efectos, incluso los que son incompatibles con su situación, como señala el referido precepto tras la redacción dada por la LO 2/2009.

Compartimos plenamente la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de Cataluña en sus dos manifestaciones principales. La primera, que Spie Ibérica de Mantenimiento y Montajes, S.A. ha dado cumplimiento en la subrogación de toda la plantilla, a excepción del actor, siendo ajustado a derecho, pues admitir lo contrario una vez que el extranjero ha cumplido 21 años y le es de aplicación el régimen general de extranjería, se producirían infracciones legales. La segunda, consecuencia de lo anterior, es que no siendo exigible la subrogación en la nueva empresa, el hecho de que desde el momento en que se produce la subrogación de todos los demás trabajadores, el actor ya no presta servicios a favor de Rubatec, S.A. y Cofely España, SAU, antes Elyo Gymsa Ibérica, S.A. y declarado el despido improcedente, es conforme a derecho la condena solidaria de las citadas empresas a las consecuencias del mismo. Eso sí, sin que sea posible, dada la situación administrativa irregular en la que se encontraba el trabajador extranjero, la readmisión.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: **Tribunal Supremo**
Fecha: **29 de junio de 2011**
Procedimiento: **Recurso de casación 6070/2007**
Ponente: **Dña. Isabel Perelló Domenech**
Voz: **Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Ciudadanos rumanos: no necesitan visado.**

Resumen: «PRIMERO: La sentencia de 12 de julio de 2007 dictada por la Sección novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, im-

pugnada ahora en casación, estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de la Embajada de España en Bucarest de fecha 10 de septiembre de 2003, por la que se deniega a D. Edemiro la solicitud de visado de trabajo por cuenta ajena.

La Sentencia objeto de impugnación contiene la siguiente fundamentación jurídica:

"CUARTO.—Habiendo quedado planteada la litis como se acaba de exponer, se ha de partir de la normativa reguladora de este tipo de visados.

A tal efecto hay que tener en cuenta que, conforme a la legislación aplicable al caso que nos ocupa, el artículo 19.3 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio —concretamente aplicable al caso en examen, a diferencia de lo que acontecía en otras resoluciones de esta Sección—, en consonancia con el artículo 27.5 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000 señala que: 'La denegación de un visado de residencia para reagrupación familiar o de residencia con permiso de trabajo por cuenta ajena deberá ser motivada, informando al interesado de los hechos y circunstancias constatadas y, en su caso, de los testimonios recibidos y de los documentos e informes, preceptivos o no, incorporados que, conforme a las normas aplicables, hayan conducido a la resolución denegatoria'.

Por su parte, el artículo 27 de la Ley Orgánica 4/2000, según la modificación operada por la Ley 8/2000 de 22 de diciembre, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, señala las pautas para la expedición de visados, señalando que reglamentariamente se establecerá la normativa específica del procedimiento de concesión y expedición de visados.

También señala el citado artículo que el ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del reino de España y de otras políticas públicas españolas de la Unión Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana.

El punto 5 de este mismo artículo establece que la denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para trabajo por cuenta ajena.

Consecuentemente, para la denegación del visado, cuando se trata de trabajo por cuenta ajena o reagrupación familiar, es preciso determinar con exactitud cuál es el requisito concreto que no ha quedado acreditado, pues de otro modo queda huérfana la resolución de una explicación exigida legalmente a la autoridad consular, por lo que, en consonancia con el contenido de los artículos más arriba citados, procede acoger la alegación formulada a este respecto por la parte recurrente, resaltando que, en supuestos como el presente, en los que la concesión de visado para permiso de trabajo por cuenta ajena sea la base y sustento de la petición, no puede considerarse suficiente que la resolución impugnada se refiera a la existencia de informe desfavorable de la Autoridad laboral o gubernativa.

En el caso que nos ocupa, la resolución recurrida se funda en la existencia de 'informe desfavorable de la autoridad o laboral', y es lo cierto que tal informe de fecha 29 de julio de 2003, de la Subdelegación del Gobierno en Granada obra en el expediente pero no es menos cierto que el actor ha acreditado en el presente recurso contencioso-administrativo que ante la oferta de empleo presentada por la entidad Tecnológica Granadina en relación con el actor recayó informe de la pertinente oficina de Empleo de Agosto de 2002, acreditativo de que 'no existen demandantes de empleo disponibles para cubrir la oferta de referencia'.

Así pues sólo cabe concluir en que la actora se ha acreditado que el informe desfavorable de la autoridad laboral competente que fundamenta la denegación del visado ha de reputarse erróneo a la vista de la Certificación de la Oficina de Empleo ya referida que por el contrario debió determinar un informe favorable dada la ausencia de demandantes de empleo para el concreto puesto de trabajo ofertado al actor.

Tal circunstancia obliga en consecuencia a la estimación del presente recurso contencioso-administrativo al haberse desvirtuado la va-

lidez del informe desfavorable de la autoridad laboral".

[…]

TERCERO.—Con carácter previo al examen de los motivos de casación esgrimidos por la Abogacía del Estado, consideramos ineludible analizar la repercusión sobre el caso de la circunstancia sobrevenida de especial entidad, consistente en la incorporación de Rumania a la Unión Europea.

En efecto, con fecha 25 de abril de 2005 se firmó en Luxemburgo el Tratado de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea. Este Tratado fue ratificado por España mediante instrumento de 26 de mayo de 2006, publicado en el BOE n.º 17, de 19 de enero de 2007, y entró en vigor el día 1 de enero de 2007, conforme a lo dispuesto en su art. 4. Por consiguiente, a partir de esa fecha de 1 de enero de 2007, los nacionales de Rumanía y Bulgaria pasaron a tener la consideración de ciudadanos de la Unión Europea. Condición esta, la de ciudadano de la Unión Europea, que como es bien sabido implica el reconocimiento del derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros.

Conviene resaltar, en este sentido, que el Tratado de adhesión de 25 de Abril de 2005 expresa en su artículo 1 que ambos Estados, Rumanía y Bulgaria, pasan a ser miembros de la Unión Europea, si bien con el añadido de que "las condiciones y el procedimiento de admisión figuran en el Protocolo adjunto al presente Tratado. Las disposiciones de dicho Protocolo constituyen parte integrante del presente Tratado. El protocolo, incluidos sus Anexos y Apéndices, se incorporará como Anexo al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus disposiciones constituirán parte integrante de dichos Tratados". Ahora bien, en el Protocolo y en sus Anexos VI ("medidas transitorias para Bulgaria") y VII ("medidas transitorias para Rumanía") sólo se previó la posibilidad de que se adoptasen medidas transitorias por el resto de los Estados miembros, a modo de cláusulas de salvaguardia, en relación a las libertades de circulación de trabajadores y prestación de servicios —que implican una directa repercusión sobre el mercado de trabajo—, pero no en relación a la libertad de circulación y residencia en el ámbito territorial de la Unión Europea.

Coherentemente, el Consejo de Ministros de España aprobó el día 22 de diciembre de 2006 un Acuerdo por el que se establecía un periodo transitorio para la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena de ambos países, que se fijó, en principio, en dos años a partir del día 1 de enero de 2007 (aunque con la puntualización de que si la evolución del mercado de trabajo lo permitiera, podría reducirse esa duración), no estableciéndose ninguna medida de similar entidad respecto de la libertad de circulación y residencia. De este modo, el régimen jurídico de esta concreta libertad de circulación y residencia ha pasado a ser para los ciudadanos rumanos y búlgaros el regulado con carácter general en el Real Decreto 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE de 28 de febrero de 2007), en cuyo artículo 3 se establece que "las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste", siendo digno de destacarse que la disposición transitoria tercera de esta norma reglamentaria contiene un régimen especial de carácter transitorio referido a los trabajadores por cuenta ajena nacionales de Estados miembros de la Unión Europea a los que se apliquen medidas transitorias para regular su acceso al mercado de trabajo español, pero ese régimen transitorio se proyecta únicamente sobre el acceso al mercado de trabajo y no afecta al resto de las libertades, y así se resalta en la referida disposición transitoria, donde se puntualiza que las medidas transitorias que regulen su situación como trabajadores por cuenta ajena "en ningún caso supondrán menoscabo alguno del resto de derechos contemplados en tanto que ciudadanos de la Unión Europea".

La trascendencia de esta incorporación de Rumanía a la Unión Europea ha sido resaltada

en diversas sentencias de esta Sala Tercera, que han apreciado este dato incluso de oficio (esto es, aunque las partes no lo hubiesen alegado) y con plena conciencia de estar tomando un marco normativo posterior al existente al tiempo de la resolución administrativa impugnada en el proceso; extrayendo del mismo consecuencias como la anulación de las sanciones de expulsión acordadas contra ciudadanos rumanos, o de las órdenes de salida del territorio nacional existentes contra ellos por contravenir de las normas sobre entrada y permanencia en territorio nacional (así, SSTS de 12, 13 y 15 de febrero de 2008, RRC 2525/2004, 2110/2004 y 1767/2004).

CUARTO.—Como hemos declarado en las indicadas sentencias, aunque los razonamientos expresados no fueron objeto de valoración por las partes, entendemos que el nuevo marco jurídico aludido constituye un hecho notorio de especial relevancia, que ha de ser necesariamente tomado en consideración a los efectos de resolver el presente recurso de casación. No se opone a esta conclusión el llamado "carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa", en virtud de la reiterada doctrina sentada por esta Sala que declara que en materia de extranjería han de valorarse las circunstancias sobrevenidas (por todas, Sentencia de 13 de febrero de 2008).

Las limitaciones en la fiscalización de los actos administrativos inherentes al principio de jurisdicción revisora, que tiene su razón de ser en la prerrogativa de autotutela decisoria y ejecutiva de las Administraciones públicas, tienen en todo caso un carácter instrumental y no pueden prevalecer frente a las consideraciones anteriores, que imponen una reconsideración de la aplicación normativa, a la luz del este marco legal sobrevenido, que priva de vigencia a los intereses generales esgrimidos por la Administración, al mismo tiempo que refuerza la posición jurídica del recurrente en la instancia.

Situados en esta perspectiva, cabe apreciar, en el año 2011, la pérdida de objeto del presente recurso de casación que versa sobre la petición de un visado de trabajo por cuenta ajena solicitado en 2003 por D. Edemiro actor en la instancia y reconocida en la Sentencia impugnada, cuando los ciudadanos de Rumanía no necesitan ese visado; la Sentencia recayó en fecha cercana a la de incorporación de Rumanía a la Unión Europea, a partir de la cual pasan a tener la consideración de ciudadanos de la misma, con el reconocimiento del derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. Como consecuencia de lo expuesto, debemos desestimar el recurso de casación y confirmar la Sentencia objeto de impugnación"».

Nota: El recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de julio de 2007, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Embajada de España en Bucarest de 10 de septiembre de 2003, por la que se denegaba a D. Edemiro la solicitud de visado de trabajo por cuenta ajena. El fallo de la Sentencia declara no haber lugar, y por tanto desestima el recurso de casación sobre la base de los siguientes argumentos.

En primer lugar, el Tribunal sostiene que para denegar un visado cuando se trata de trabajo por cuenta ajena o reagrupación familiar se requiere determinar con exactitud cuál es el requisito concreto que no ha quedado acreditado por el solicitante, ya que de otro modo la resolución quedaría huérfana de la explicación que legalmente se le exige a la autoridad consular. De ahí que la simple manifestación de que existía un «informe» desfavorable de la autoridad laboral no es, a juicio del Tribunal, suficiente para fundamentar adecuadamente la denegación del visado; es más, el actor acreditó durante el desarrollo del recurso contencioso-administrativo que el referido informe desfavorable era erróneo a la vista de la certificación de la Oficina de Empleo en la que de manera indubitada se afirmaba que no existían demandantes de empleo disponibles para esa oferta.

En segundo lugar, y frente a lo que alega la Administración recurrente, el Tribunal destaca la ineludible repercusión que sobre el caso ha de tener la circunstancia sobrevenida, que califica de especial entidad, consistente en la incorporación de Rumanía a la Unión Europea. La trascendencia de esa adhesión ha sido resaltada ya por la jurisprudencia de la propia Sala Tercera que, incluso, la ha apreciado de oficio

y asumiendo conscientemente estar haciendo referencia a un marco normativo posterior al existente al tiempo de la resolución administrativa impugnada en el proceso. Ese nuevo marco jurídico debe ser necesariamente tomado en consideración a la hora de resolver el presente recurso, y a ello no empece el llamado carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa que, en materia de extranjería, según reiterada doctrina de la propia Sala deben tenerse en cuenta las circunstancias sobrevenidas.

En fin, afirma el Tribunal Supremo que al recaer la sentencia del Tribunal Superior de Justicia en fecha cercana a la incorporación de Rumanía a la Unión Europea, y en consecuencia a la consideración de los ciudadanos rumanos como ciudadanos comunitarios, justificaba la reconsideración de la aplicación del marco normativo en materia de visado y autorización para trabajar a la luz de ese marco legal sobrevenido.

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Murcia**
Fecha: **20 de mayo de 2011**
Procedimiento: **Rollo de Apelación 775/2009**
Ponente: **Dña. Consuelo Uris Lloret**
Voz: **Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Medida cautelar positiva.**

Resumen: «PRIMERO.—El auto apelado estima la solicitud del recurrente de que se acuerde como medida cautelar de carácter positivo la concesión de la renovación del permiso de trabajo y residencia denegado teniendo en cuenta los requisitos establecidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (arts. 128 y siguientes), confrontando los distintos intereses en conflicto, atendiendo a que en el presente caso el interesado ha tenido con anterioridad permiso de trabajo y de residencia, y a que por tanto ha tenido arraigo y una actividad laboral en nuestro país. Entiende que no perjudica a los intereses públicos la concesión de la renovación solicitada mientras se tramita la causa, y por el contrario que resultarían gravemente perjudicados los intereses del recurrente de llevarse a cabo la ejecución del acto recurrido.

El Abogado del Estado alega que el auto impugnado acuerda la adopción de la medida cautelar positiva con infracción de lo dispuesto en el art. 248.1 LOPJ por falta de motivación específica del mismo, al no referirse a hecho alguno en el que pueda estar basada la medida cautelar, al hacer solamente referencia al caso concreto en el último párrafo en que dice que existe una apariencia de buen derecho. Asimismo entiende que el auto apelado infringe el art. 129 LJ, en relación con el art. 71.2 de la misma Ley y la jurisprudencia existente sobre medidas cautelares positivas. Al conceder de forma provisional la renovación de los permisos está vulnerando la naturaleza revisora de la jurisdicción sustituyendo a la Administración competente en materia de extranjería. El Juzgado no puede conceder una autorización de trabajo ni su renovación ni siquiera con carácter provisional. El art. 106.1 CE establece que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, pero no permite que puedan sustituir a la Administración en el ejercicio de sus competencias como se desprende del art. 71.2 LJ (los juzgados no pueden determinar el contenido discrecional de los actos anulados). Entiende además que la medida cautelar adoptada es desproporcionada cuando autoriza al extranjero a trabajar provisionalmente a pesar de no tener trabajo.

Por su parte el apelado solicita la confirmación del auto apelado, ya que el juez de instancia ha valorado la prueba aportada, sin que el Abogado del Estado haga mención alguna a dicha prueba, ni al arraigo derivado de la misma. Entiende además que ningún perjuicio se causa al interés general con la medida acordada.

SEGUNDO.—Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada en

lo que no se opongan a los contenidos en la presente resolución.

Para resolver la cuestión planteada hay que tener en cuenta la normativa establecida en la Ley Jurisdiccional de 1998 en materia de medidas cautelares, según la cual procede a la hora de decidir su adopción valorar en primer lugar los intereses en conflicto de las distintas partes y de los terceros que pueden verse afectados, incluido el interés general que la Administración representa y defiende, y en segundo lugar, determinar si la ejecución del acto puede hacer perder su finalidad legítima al recurso (art. 130.1 y 2 LJ).

Procede recordar asimismo, sobre la posibilidad de suspender los actos de contenido negativo, como es el aquí impugnado, que la jurisprudencia ha señalado que los actos de contenido negativo no deben suspenderse porque ello supondría acceder provisionalmente a lo solicitado, lo que es muy distinto al mantenimiento de la situación anterior al momento de dictarse el acto que es la finalidad propia de esta medida cautelar (AATS Sala 3.ª, de 16 de julio de 1991, 18 de diciembre de 1992, 22 de noviembre de 1993, 27 de marzo de 1993, 25 de enero de 1994, 26 de diciembre de 1994, 6 de febrero de 1995, 16 de mayo de 1995 y 22 de septiembre de 1995). También es esta la doctrina del Tribunal Constitucional aplicada en el Auto de 29 de marzo de 1990, en el que se dice que en estos casos lo que se pide es la suspensión de una suspensión. Dice el Alto Tribunal que cuando el acto al que se imputa una lesión de derechos fundamentales no es simplemente impeditivo de una libertad, ni impone obligación alguna, consistiendo solamente en la denegación de un reconocimiento de derechos que del poder público afectado se pretende obtener, la estimación anticipada se convertiría en una estimación anticipada de la pretensión de fondo. En los casos de actos negativos, como es el presente, debe denegarse la suspensión por la propia naturaleza de la medida cautelar, cuya finalidad es mantener el status quo existente en el momento de adoptarse el acto recurrido, pero no conferir a la medida cautelar impetrada un efecto positivo de reconocimiento preventivo de los efectos de una hipotética sentencia favorable y, por ende, la modificación de la situación anterior. El criterio contrario determinaría que, en trámite de un incidente de naturaleza cautelar, se produjera el otorgamiento o concesión de lo pedido en vía administrativa, lo cual es de todo punto ajeno a la propia naturaleza de la suspensión que se solicita para mantener la situación anterior al acto impugnado. En este sentido se ha pronunciado esta Sección entre otras en las sentencias 31/05, de 24 de enero, 447/06, de 26 de mayo y 663/06, de 12 de julio.

En el presente caso consta en el expediente la resolución impugnada y que la causa de la denegación de la renovación de los permisos de residencia y de trabajo es la existencia de sentencias firmes por las que se condenó al recurrente por delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes. Por lo tanto siendo el acto impugnado de contenido negativo, habría que denegar la medida cautelar positiva, ya que la solución contraria supondría de hecho acceder a lo que ha sido denegado en vía administrativa en un momento procesal inoportuno, anticipando con ello la decisión de la cuestión de fondo planteada que debe resolverse en la sentencia como ha venido señalando esta Sección en sentencias anteriores, como la 808/06, de 29 de septiembre y 1088/07, de 28 de noviembre.

Ello no obstante en el presente caso se dan unas circunstancias especiales que justifican la medida cautelar adoptada por el Juzgado, consistentes en el arraigo que el interesado tiene en España derivado de haber tenido permisos de residencia y de trabajo concedidos y haber cotizado a la Seguridad Social y tener en la actualidad un contrato de trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior esta Sección entiende que no procede conceder el permiso denegado por la Administración ni siquiera provisionalmente mientras se tramita el recurso, porque con ello se está ejerciendo una competencia o potestad que solamente corresponde a la Delegación del Gobierno. Por lo tanto aunque es correcta la medida cautelar adoptada, la misma debe ser matizada en el sentido de suspender la eficacia de la denegación solicitada, lo que supone que no se deba expulsar al interesado mientras se tramita el recurso y que se mantenga

la situación que el mismo tenía antes de producirse dicha denegación.

En sentido similar se pronunció esta Sección en la sentencia 101/07, de 16 de febrero, en el que ante las circunstancias alegadas (el solicitante tenía un hijo nacido en España y en el acto administrativo se acordaba la salida obligatoria de nuestro país) se accedía a la adopción de la medida cautelar, eso sí, dejando claro en el último fundamento jurídico que ello no suponía que se accediera a conceder provisionalmente los permisos de residencia y de trabajo denegados en el acto impugnado; criterio que posteriormente ha seguido manteniéndose en la sentencia 763/2009, de 17 de septiembre y en otras posteriores».

Nota: Hasta hace poco tiempo era dominante una línea jurisprudencial que mantenía la imposibilidad de suspensión cautelar de los actos negativos —paradigma de los cuales son las licencias y permisos—, lo que llevaba consigo el rechazo prácticamente generalizado de cuantas peticiones de suspensión se instaban, fundamentalmente en supuestos de expulsión. La línea judicial citada ha sido ampliamente superada por la doctrina recogida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1999, 28 de abril de 1999 y 4 de diciembre de 1999, en las que se reconoce expresamente la posibilidad de las medidas cautelares positivas, distintas de la mera suspensión del acto administrativo impugnado. Esta doctrina fue expresamente recogida con posterioridad por el artículo 129.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. En ese sentido, algunos Autos adoptaron una medida cautelar de signo positivo, consistente no en la suspensión de la efectividad del acto impugnado —lo que indirectamente supone la no exigencia durante el periodo de suspensión del visado o permiso de que se trate—, sino en la efectiva concesión con carácter provisional y mientras se sustancia el recurso de una autorización para trabajar.

En la Sentencia que ahora se reseña, parece abrirse una tercera vía, al entender que «no procede conceder el permiso denegado por la Administración ni siquiera provisionalmente mientras se tramita el recurso, porque con ello se está ejerciendo una competencia o potestad que solamente corresponde a la Delegación del Gobierno. Por lo tanto aunque es correcta la medida cautelar adoptada, la misma debe ser matizada en el sentido de suspender la eficacia de la denegación solicitada, lo que supone que no se deba expulsar al interesado mientras se tramita el recurso y que se mantenga la situación que el mismo tenía antes de producirse dicha denegación».

DERECHO PENAL

Delito relativo a los derechos de los ciudadanos extranjeros: tráfico ilegal de inmigrantes. Correcta introducción y valoración en el juicio oral de las declaraciones sumariales prestadas por testigo al que fue posteriormente imposible localizar.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **23 de marzo de 2011**
Recurso de Casación: **1905/2010**
Ponente: **D. Francisco Monterde Ferrer**
Voz: **Tráfico ilegal e inmigración clandestina: explotación sexual**

Así pues, el relato fáctico de la sentencia, que en esta vía debe ser respetado, describe que los acusados facilitaban y gestionaban la entrada en España de diversas chicas brasileñas con la finali-

dad de que se dedicasen a la prostitución precisamente en el Club (...) que regentaban ambos recurrentes a través de una sociedad, imponiéndoles una deuda superior al importe de los billetes y demás gastos originados de manera que hasta que ésta no resultaba íntegramente abonada las chicas no obtenían ninguna cantidad de los servicios sexuales prestados, conducta que describe una forma de explotación sexual e integra el subtipo agravado previsto en el apartado 2.º del art. 318 bis Código Penal, ya que como acertadamente razona el Tribunal a quo siguiendo la doctrina jurisprudencial en esta materia al realizar la subsunción jurídica de los hechos probados, la conducta típica del art. 318 bis del C. Penal se consuma con la ejecución de actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal, con la agravante del apartado segundo cuando la finalidad de esas actividades fuera la explotación sexual. Para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad de un acto posterior, esto es, no es preciso que la explotación sexual llegue a tener lugar y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas de alguna forma a prestarse a ello.

Ello no obstante, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, suprime el subtipo agravado previsto en el párrafo 2.º del art. 318 bis CP, por el que han sido condenados el recurrente y su compañera, viniéndolo a integrar en la nueva figura tipificada en el art. 177 bis CP, en el T. VII bis, bajo el epígrafe de «La trata de seres humanos».

Dicho precepto exige que la captación, el traslado, el acogimiento, recepción o alojamiento, para la explotación sexual de la misma, se produzca mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad. Tales circunstancias no concurren en el presente caso, en cuanto que se ha declarado probado que las mujeres de nacionalidad brasileña viajaban a España conociendo que iban a ejercer la prostitución y debían reembolsar los gastos que su traslado había generado, si bien como vimos anteriormente, «se les exigía la cantidad de 2.600 euros, generalmente el doble del importe de los billetes... deuda inexistente y no pactada».

Por ello, no pudiendo ser aplicado el apartado 2 del art. 318 bis CP, procede estimar subsumidos los hechos en el apartado 1.º del mismo artículo —que continúa vigente, y cuya aplicabilidad no ha sido puesta en duda por el recurrente— y que castiga «al que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el trafico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España...».

(…)

Piénsese que por tráfico ilegal ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración. De modo que el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

Esa doctrina ha entendido que es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (art. 25 y ss. LE).

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.).

Deben así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal.

Tráfico ilegal o inmigración clandestina: expulsión del territorio nacional. Causa penal sobreseída. Estimación y concesión de la nacionalidad por acreditar suficientes elementos positivos.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **4 de abril de 2011**
Recurso de Casación: **4395/2007**
Ponente: **D. Octavio Juan Herrero Pina**
Voz: **Tráfico ilegal e inmigración clandestina: nacionalidad española**

Formulada solicitud de reconocimiento de la nacionalidad española por D. Indalecio, nacional de Pakistán, le fue denegada por resolución del Ministerio de Justicia de 8 de junio de 2005, al no haber justificado suficientemente buena conducta cívica, «ya que según consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes de fecha 29 de septiembre de 2000 por tráfico ilegal o inmigración clandestina. El sobreseimiento de los mismos no justifica positivamente la buena conducta cívica que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante». En el caso que ahora nos ocupa, la parte recurrente —natural de Pakistán y casado con una ciudadana pakistaní, con la que tiene dos hijos nacidos en España— solicitó la nacionalidad española en 6 de noviembre de 2003. Residía en España con los correspondientes permisos de trabajo y residencia desde 1991. Según un informe de vida laboral tenía acreditados a fecha de 23 de septiembre de 2002 un total de 2.876 días de alta en el sistema de la Seguridad Social. Es titular de dos negocios dedicados respectivamente al comercio de semillas, flores y otros productos y al ramo de la restauración, ha aportado las declaraciones del IRPF correspondientes a sucesivos años y la declaración de alta en el IAE en razón a los dos indicados negocios, siendo de añadir que por escritura de compraventa de 26 de marzo de 2002 adquirió un piso en Valencia. En el acta de la comparecencia ante la Magistrada Encargada del Registro Civil Único de Valencia a los fines previstos en el artículo 221 del RRC se deja constancia de que «el promotor aquí comparecido se halla adaptado a la cultura y estilo de vida de los españoles y habla correctamente la lengua castellana». Amén de lo anterior, el demandante fue detenido en Teruel el 25 de septiembre de 2000 por tráfico ilegal o inmigración clandestina, que dio lugar a la incoación de la pertinente causa penal y a la correspondiente resolución de 31 de octubre de 2000 acordando su expulsión del territorio nacional por un periodo de tres años. Ocurre, sin embargo, que por auto de 8 de noviembre de 2000 se acordó —al amparo del artículo 641.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— el sobreseimiento provisional y archivo de la referida causa penal, mientras que por sentencia n.º 34/2003, de 28 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Teruel se anuló la susodicha resolución de expulsión, razonándose en la meritada sentencia que «no existe en el expediente administrativo ninguna prueba concluyente ni de los hechos imputados ni de la implicación del recurrente en los mismos».

La resolución combatida que denegó la nacionalidad estimó que no concurría el requisito de la buena conducta cívica como consecuencia de la detención en 25 de septiembre de 2000 por tráfico ilegal o inmigración clandestina, sin que el sobreseimiento provisional justificara la buena conducta cívica exigida por el Código Civil.

La demanda rectora del proceso hace hincapié en el conjunto de circunstancias personales, familiares y económicas que hemos visto más arriba, acompaña una comunicación de la Dirección General de la Policía de 29 de septiembre de 2005 accediendo a la petición del interesado de cancelación de los antecedentes de carácter

policial, y termina suplicando la concesión de la nacionalidad española al entender que en el caso concurren todos los requisitos necesarios para ello.

Pues bien, examinado cuanto hemos referido a la luz de la normativa y de la jurisprudencia de aplicación al supuesto enjuiciado, podemos ya anticipar la suerte estimatoria del recurso. Así, en efecto, no basta para el éxito de la pretensión actora con la cancelación de los posibles antecedentes penales o policiales, pues, como vimos más arriba, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, no solo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio al que alude la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, siendo así que del caso puede afirmarse que de lo actuado en la línea de conducta del demandante responde —en lo que ahora interesa— al patrón del ciudadano medio, salvo en lo atinente al antecedente que consideró el acto impugnado como impedimento para la concesión de la nacionalidad. En relación con el meritado antecedente es de observar que el 8 de noviembre de 2000 se dictó auto acordando el sobreseimiento provisional y archivo de la causa penal de conformidad con el artículo 641.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa»), del tal manera que aquella detención por tráfico ilegal o inmigración clandestina y la subsiguiente apertura del correspondiente procedimiento penal no pueden considerarse como tachas que empañen la imagen del comportamiento cívico del demandante a los efectos de negar la concurrencia del requisito de la buena conducta cívica, de donde que claudique el fundamento de la resolución recurrida de 8 de junio de 2005, que ha de ser anulada al no aparecer conforme a Derecho el motivo en que se basó para denegar la solicitud de nacionalidad origen de la litis, determinando todo ello la estimación del actual recurso.

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración ilegal: autoría: las acciones llevadas a cabo por la recurrente, consistentes en el transporte de las ciudadanas extranjeras en situación ilegal en nuestro país siendo plenamente conocedor de su irregular situación en España y puesto de acuerdo con la persona que directamente había contactado con las inmigrantes para su viaje hasta España, integra perfectamente el tipo de autor del artículo 318 bis CP. Testigos protegidos: valor de sus declaraciones prestadas en instrucción y practicadas como pruebas preconstituidas.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **2 de junio de 2011**
Recurso de Casación: **11219/2010**
Ponente: **D. José Manuel Maza Martín**
Voz: **Inmigración clandestina: entrada en España de ciudadanas extranjeras en situación ilegal**

El Juzgado de Instrucción número 1 de Cádiz instruyó Sumario con el número 1/2009 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de dicha capital que, con fecha 30 de Septiembre de 2010 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: «Primero.— La acusada Natalia, mayor de edad, natural de Brasil, sin antecedentes penales, se ha venido dedicando durante el año 2008 con otras personas a captar a través de Internet a mujeres jóve-

nes de nacionalidad brasileña en estado de necesidad económica a quienes le ofrecía trabajar en la prostitución en los locales que regentaba, un piso (...) de Cádiz y un chalet (...) del Puerto de Santa María cuya arrendataria era su madre Carolina.

La acusada tras contactar con las chicas en Brasil por Internet y obtener su compromiso gestionaba la entrada en España simulando que lo hacían en calidad de turista, para lo cual les enviaban los billetes de avión vía Sao Paulo-París-Bilbao, así como dinero para eludir los controles de migración, abonando estas posteriormente los gastos de viaje con el ejercicio de la prostitución en los locales citados, y una vez saldada la deuda las ganancias obtenidas se repartían al 50%. Con la acusada colaboraba activamente el acusado Camilo, mayor de edad, sin antecedentes penales, quien desempeñaba las funciones de recibirlas en el aeropuerto y trasladarlas a Cádiz o al Puerto, así como vigilar el desarrollo de la actividad y recaudar el dinero, a sabiendas de que la situación administrativa de acceso de estas en nuestro país no respondía a la realidad de la estancia, y con conocimiento de que se encontraban y permanecían en situación irregular en España. Así en el mes de febrero de 2008 la testigo protegida número (...) contactó por Internet (...) entre otros con la acusada Natalia, quien valiéndose de su condición de brasileña le ofrece venir a España a ejercer la prostitución como medio para ganar mucho dinero, aceptando la testigo. Para que pudiera entrar en España le entregan, con la colaboración en Brasil de personas no identificadas, los billetes de avión vía Sao Paulo-París-Bilbao y dinero para simular que entraba en España en calidad de turista.

Así el 16 de abril 2008 realiza el viaje llegando a Bilbao donde le recogen y la llevan a Cádiz al piso de la (...) para ejercer la prostitución, debiendo saldar la deuda generada de 4.200 euros con las ganancias obtenidas con dicha actividad, recibiéndola allí el acusado Camilo. Permaneciendo en esta situación hasta el 13 de mayo de 2008, fecha en la que se marcha y formula denuncia por estos hechos.

Del mismo modo en el mes de febrero de 2008 la testigo protegida número (...) a través de una conocida común contacta con la acusada Natalia y esta le ofrece conseguir su entrada en España para el ejercicio de la prostitución en los citados inmuebles aceptando aquella la proposición acuciada por su penuria económica. La acusada le remite los billetes de avión con el itinerario Sao Paulo-París-Bilbao y dinero para simular entrar en espacio Schengen como turista.

El día 28 de febrero realiza el viaje siendo trasladada desde Bilbao al piso de Cádiz y posteriormente al Chalet del Puerto de Santa María donde ejerció la prostitución saldando con lo obtenido por esta actividad los gastos de viaje que ascendían a 5.200 euros.

De la misma forma la acusada Natalia propuso por internet a Asunción practicar la prostitución en España, aceptando esta por la precaria situación económica por la que pasaba. Por lo que le enviaron los billetes de avión vía Sao Paulo-París-Bilbao realizando el viaje el 22 de septiembre de 2007 entrando en espacio Schengen como turista, siendo recogida en Bilbao por el acusado Camilo quien la lleva al chalet sito en la (...) del Puerto de Santa para que ejerciera la prostitución a sabiendas de que la situación administrativa de acceso de esta en nuestro país, turista, no respondía a la realidad de la estancia, y con conocimiento de que permanecería en situación irregular en España. Asunción saldó la deuda de 6.000 euros generada por los gastos del viaje en menos de un mes ejerciendo la prostitución, siendo la encargada de recoger el dinero la madre de Alexandra.

En el piso (...) de Cádiz y en el Chalet del Puerto ejercían también voluntariamente la prostitución las jóvenes brasileñas Leonor, Rafaela, Marí Trini y Azucena.

El acusado Camilo ejercía las funciones de controlador en el piso (...) de Cádiz y se encargaba de trasladarlas de Cádiz al Puerto u a otros lugares, teniendo ambos acusados conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso de las testigos (...) no respondían a la realidad de la estancia, y a sabiendas de que se encontraban y permanecerían en situación irregular.

El nueve de julio de 2008 a las 20,30 horas Funcionarios del Cuerpo Nacional de Poli-

cía (...) realizaron un control de extranjería en el piso (...) encontrándose en el mismo Leonor, Marí Trini, ambas sin pasaporte y Asunción, todas de nacionalidad brasileña, las cuales se encontraban en situación irregular en España. El mismo día y a la misma hora los Funcionarios (...) realizaron un control de extranjería en el Chalet (...) del Puerto de Santa María, encontrándose en el mismo en situación irregular en España las ciudadanas brasileñas Rafaela, Azucena y Valle, esta última sin pasaporte. Como consecuencia de los controles de extranjería los acusados Camilo y Natalia se dieron a la fuga.

Camilo era hijo del compañero sentimental de Natalia y tenía una relación sentimental con la hermana de esta.

Regresando Camilo el día 11 de agosto de 2008 siendo detenido en el aeropuerto de Madrid procedente de Sao Paulo; y Natalia fue detenida el 18 de febrero de 2009 en Sevilla hasta donde llega procedente de Brasil-Lisboa para eludir el control policial.

Tras la intervención policial la acusada Natalia con conocimiento de que las declaraciones de la testigo número (...) le implicaban en los hechos, en agosto de 2008 le llamó varias veces por teléfono diciéndole que la buscaría por cualquier lugar de España para matarla, así como a sus familiares residentes en Brasil». [sic]

La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «Fallamos: 1.º Que debemos de absolver y absolvemos a Natalia y Camilo de los nueve delitos de prostitución por los que venían siendo acusados.

2.º Que condenamos a Natalia y Camilo como autores criminalmente responsables cada uno de un delito ya definido contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena a cada uno de seis años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las condenas».

(...)

Pero las acciones llevadas a cabo por el recurrente, consistentes en el transporte de las ciudadanas extranjeras en situación ilegal en nuestro país, desde el aeropuerto de ingreso de las mismas (Bilbao) hasta su lugar de residencia (Cádiz), a más de mil kilómetros de distancia, siendo plenamente conocedor de esa irregular situación en España y puesto de acuerdo con la persona que directamente había contactado con las inmigrantes para su viaje hasta nuestra Nación, integra perfectamente el tipo del autor del artículo 318.bis.1, por otra parte de amplísimos contornos, referido al «... que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España...».

Tráfico ilegal de inmigrantes: Negocio de prostitución; financiación de entrada en España de mujeres desde el extranjero anticipando el dinero del viaje que ellas luego tenían que devolver. Presunción de inocencia: No existe vulneración; pruebas lícitas y válidas, valoradas de forma razonable. Inviolabilidad del domicilio: no existe vulneración.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **27 de junio de 2011**
Recurso de Casación: **2686/2010**
Ponente: **D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar**
Voz: **Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: presunción de inocencia. Prostitución**

Contó la Sala de instancia con la declaración de Loreto que, si en el Juicio Oral negó esas acciones, las había reconocido ante el Juez de Instrucción, en declaración expresiva de la na-

turaleza del negocio que explotaban en el club, y de la mecánica de financiación para los viajes de las mujeres que traían ilegalmente a España para trabajar allí.

Declaraciones que le fueron puestas de manifiesto en el Juicio Oral, cuando allí negó los hechos que en el Sumario reconociera, sin que acertara a dar una explicación coherente sobre la contradicción de sus versiones; lo que permite a la Sala de instancia optar por una u otra, según la reiterada doctrina de esta Sala, máxime cuando esa versión inicial en este caso se encuentra, no solo apoyada parcialmente por la declaración testifical de una de la que allí trabajó como prostituta y por la confesión de la coimputada Enma que reconoció haberle suministrado mujeres, aunque precisase que se trataba de personas que ya se encontraban en España, sino también corroborada plenamente por el contenido de las conversaciones telefónicas de uno y otro acusado recurrentes en que trataban de las mujeres de Brasil que tenían que traer al local, de las que tenían que sustituirse y de las deudas que por ello estas mujeres tenían que saldar, llegando alguna de esas conversaciones a hablar con meridiana claridad de las concretas cantidades que había que pagar para traerlas. Conversaciones pertenecientes todas a la fase del primer plazo de intervención acordada legítimamente por la Autoridad Judicial, y no al periodo de prórroga que la Sala de instancia declara con acierto carente de legitimidad por prorrogarse la intervención sin el control o audición del contenido escuchado durante el plazo inicial.

(…)

Por lo que se refiere a la calificación jurídica, el motivo sostiene que los actos realizados no entran en la fase ejecutiva del tipo penal del art. 318 bis y se mantienen en los márgenes de los actos preparatorios impunes. Para ello los dos recurrentes se extienden en amplias consideraciones de teoría general sobre la materia, sin llegar a exponer argumentos sobre su aplicación concreta a los hechos probados. Por lo que bastará con señalar que el tipo básico del art. 318 bis es delito de mera actividad que se consuma con la mera actuación de promoción, favorecimiento o facilitación aunque el desplazamiento no llegue a realizarse (SS. 10 de julio de 2006, 21 de junio de 2007), por lo que mal puede situarse en la esfera de los actos preparatorios el acto de financiar, adelantando el dinero necesario, el viaje hasta España, de personas que incluso llegaron a entrar en el territorio español para el ejercicio de la prostitución. Sostienen también los recurrentes que no tenían el conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no respondía a la realidad de la estancia y de que se burlaban los requisitos necesarios para ella. El argumento no es estimable: ningún dato objetivo permite apoyar semejante error de tipo, pues siendo la entrada en territorio español ilegal tanto cuando se pasa clandestinamente la frontera como cuando se utilizan fórmulas para obtener la autorización que oculta la verdadera actividad que se persigue en el territorio español, disimulando el verdadero propósito de una estancia permanente para el ejercicio de la prostitución, es obvio que ni la ilegítima entrada ni la eficacia del acto propio para conseguirla puede ser ignorada por el propietario de un club de prostitución que financia la inmigración ilegal de las mujeres que van a ejercer esa actividad.

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: tráfico ilegal de personas; transporte de inmigrante oculto en el salpicadero de un coche. Delito de mera actividad: consumación por la realización de las conductas descritas, con independencia del resultado conseguido. Responsables del delito: autor. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: no concurren; aplicación de beneficio penológico debido a la menor gravedad de la conducta del conductor, no propietario, del vehículo.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga**

Fecha: **22 de julio de 2011**

Procedimiento Abreviado: **27/2011**

Ponente: **D. Juan Rafael Benítez Yebenes**

Voz: **Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: entrada ilegal en salpicadero de vehículo**

La participación del acusado Jesús Miguel, en los hechos enjuiciados, queda meridianamente acreditada mediante a prueba practicada en el acto de la vista oral, singularmente mediante su propia confesión y conformidad con la pena para él solicitada por el Ministerio Fiscal, puesta en relación con otra serie de indicios, como son el hecho de ser el propietario del vehículo, de lo que se desprende tener el control y conocimiento de las modificaciones que se hagan en el vehículo de su propiedad así como del uso del mismo, y la testifical del agente de la Guardia Civil con carnet profesional n.º (...) que prestaba servicio en el puesto fronterizo, en el control de acceso peatonal a Melilla, quien narró cómo intercepto a dicho acusado cuando pretendía acceder rápidamente a Melilla, en actitud nerviosa, al tiempo que era descubierta la existencia del inmigrante en el control del paso de vehículos.

La participación del Pedro Antonio, esto es su conocimiento de la existencia del inmigrante oculto en el vehículo que conducía, también queda acreditada mediante la prueba de indicios. Así, en primer lugar hemos de atender a lo declarado por dicho acusado en el acto del juicio oral, el cual al responder a las distintas preguntas que le formuló el Ministerio Fiscal, hasta por dos ocasiones manifestó que se le pasó por la cabeza que en el coche podría haber algo; lo cual incluso nos permite hablar de la existencia de un dolo eventual. En este orden de cosas, es lógico pensar que este acusado debió sospechar sobre toda esta situación, y cómo se desarrollaron los acontecimientos sobre la recogida del coche y su documentación en un bar del lado marroquí de la frontera, y finalmente lo extraño e ilógico que resulta que a él le entreguen el coche, y su dueño, en lugar de acompañarlo en el coche, pase a Melilla por el acceso de peatones del puesto fronterizo. Por otro lado está la declaración del otro coacusado (el propietario del vehículo) ante la Guardia Civil, prestada en el Centro Penitenciario conforme lo acordado por el Juez Instructor, en donde, según sus manifestaciones obrantes al final del folio 115 y principio del 116, se desprende que éste (Pedro Antonio) estaba presente cuando se pactó lo relativo a la cantidad que iba a percibir por el paso del inmigrante. Finalmente también se ha de tener en consideración que este acusado como conductor del vehículo algún control debía tener sobre el mismo, y por muy conductor novel que fuese algunas percepciones experimentaría durante la conducción. Con esto queremos decir que a la hora de accionar o comprobar algunos de los mandos del vehículo, debió percatarse que había algunos que no funcionaban como consecuencia de las alteraciones que se produjeron en el salpicadero para realizar el habitáculo oculto construido en su interior. Del mismo modo, en ese habitáculo en el interior del salpicadero, y por tanto muy próximo a él, casi encima de sus rodillas, viajaba oculto un ser vivo (el inmigrante), no una estatua o cuerpo inerme, que como todo ser vivo se mueve y produce ruidos y olores, por lo que también es posible que durante el trayecto de la conducción tuviere alguna percepción de este tipo. Por todo ello, no resulta creíble su versión de que fuera absoluto desconocedor de la existencia del inmigrante.

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración clandestina; transporte de inmigrante ilegal en el doble fondo del maletero del vehículo. Subtipo atenuado: menor gravedad del hecho al intentar introducir en España a una sola persona en lugar de varias, que es lo habitual. Imputada: insuficiencia de la prueba practicada para acreditar la responsabilidad criminal; el otro acusado manifestó su participación exclusiva en los hechos.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga**
Fecha: **4 de agosto de 2011**
Procedimiento Abreviado: **25/2011**
Ponente: **D. Diego Giner Gutiérrez**
Voz: **Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración clandestina. Ocultar inmigrante en maletero**

Los hechos descritos en la relación fáctica de la presente sentencia se consideran probados en base a la prueba practicada representada por la confesión del propio imputado, por la testifical de los Agentes de la Guardia Civil que procedieron al registro del vehículo del acusado, y los hechos incontrovertidos de la modificación del vehículo a efectos de construir un habitáculo oculto, el hallazgo en su interior del súbdito extranjero y la carencia de éste de la documentación administrativa habilitante para acceder a territorio español. Expuesto lo anterior y ante la existencia de dos acusados por los mismos hechos deviene necesario un examen diferenciado de la prueba practicada a efectos de determinar la posible responsabilidad criminal de cada uno de ellos.

Declaraciones ante el Juez de Instrucción manifestando su inocencia. Reconociendo por primera vez los hechos en el acto del Juicio Oral. Por lo que se que se refiere a Virgilio, la confesión del reo, o declaración que en contra de sí hace el imputado, reconociéndose culpable del delito y demás circunstancias, es prueba de cargo idónea y suficiente para fundar un fallo condenatorio, siempre que haya sido obtenida con las condiciones previstas en el artículo 406 de la LECrim., con respeto de los requisitos que derivan del derecho de defensa, y corroborada por otras pruebas acreditativas de la exactitud y realidad de la autoría confesada. Eficacia que debe otorgarse en el presente caso a la declaración autoinculpatoria del acusado prestada en el acto del juicio oral, pues aparece confirmada por los datos objetivos de la realización de un habitáculo oculto apto para el transporte subrepticio en su vehículo de terceras personas y el descubrimiento en el interior del turismo del nacional extranjero. Siendo conforme a la lógica concluir que la modificación del vehículo consistente en la creación de un habitáculo clandestino y la introducción en el mismo de un tercero, exige cuando menos el previo conocimiento del propietario, o como en este caso, usuario del turismo, máxime cuando el mismo es el que conduce el coche en tales circunstancias.

(…)

Por otro lado, las declaraciones prestadas por los agente de la Guardia Civil, hacen difícil sustentar una acusación contra la imputada, habida cuenta que se reconoce que la acompañante del conductor, como manifiestan todos los funcionarios que depusieron, portaba pañuelo en la cabeza que ocultaba gran parte de la cabeza y la totalidad del pelo, a lo que se añadiría el dato de portar gafas de sol oscuras que deben dificultar la identificación de los rasgos faciales, todo ello aderezado con el dato de no haber podido observar a la acompañante del conductor no más de 10 segundos; otro dato a tener en cuenta y que abona la tesis de la imposibilidad que la acusada sea la acompañante del conductor del vehículo implicado era la estatura que dicen los agentes que la acompañante tenía dado que manifiestan que tenía unos 170 centímetros de altura, estatura ostensiblemente superior a la que posee la acusada.

Los hechos declarados probados respecto de Virgilio, son constitutivos de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto y penado en el artículo 318 bis del Código Penal, al concurrir los elementos definidores del tipo legal, y del que es criminalmente responsable en concepto de autor el acusado por ejecutar personalmente el hecho delictivo conforme dispone el artículo 28 del Código Penal. En efecto, el delito definido en el artículo 318 bis del Código Penal, es un delito de mera actividad, que se consuma por la realización de los actos favorecimiento o promoción, sin exigir que se consiga la llegada efectiva a territorio español.

De otro lado, la conducta típica se integra por cualquier acto que promueva o favorezca la inmigración clandestina, lo que significa que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción de la inmigración ilegal. Y, entre las que se encuentra la de transportar al inmigrante o intentar ayudarle a sobrepasar los controles policiales de identificación. Conducta en la que tiene perfecto encuadre la actuación del acusado, quien lleva en su propio coche oculto al inmigrante para de este modo conseguir introducirle subrepticiamente en territorio español burlando el control fronterizo.

HOMOLOGACIÓN

Homologación de títulos académicos: título británico de Bachelor of Arts in Business Administration al título español de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas. Centro no autorizado: la autorización del centro se exige atendiendo a la fecha en que se cursaron los estudios y no a la fecha de solicitud de la homologación. Retroacción de las actuaciones: anulación de resolución denegatoria de la homologación y retroacción de actuaciones al momento inicial de la solicitud. Dictamen posterior del comité técnico competente acerca del juicio de equivalencia de la formación cursada.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**
Fecha: **1 de marzo de 2011**
Recurso Contencioso-Administrativo: **501/2009**
Ponente: **D. Francisco Díaz Fraile**
Voz: **Homologación de título: centro no autorizado. Título de Bachelor of Arts in Business: Reino Unido. Juicio de equivalencia**

Se plantea en el presente recurso la homologación al título español de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas del título de Bachelor of Arts in Business Administration expedido por The University of Wales, tras la realización por el recurrente de los correspondientes estudios de cuatro años de duración (2000-2004) en la Escuela Superior de Gestión y Administración de Empresas (Castellón).

La Administración cuestiona que el mencionado centro obtuviera la autorización para impartir enseñanzas conducentes a la obtención de un título universitario extranjero, en concreto del título de Bachelor of Arts in Business Administration conforme el sistema educativo vigente en Gran Bretaña, con efectos a partir del curso 1998/1999, por Orden de la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalitat Valenciana de 10 de febrero de 1998 (DOGV 11 de marzo de 1998) ya que dicha Orden se refiere a Escuela Superior SL. Sin embargo dicha polémica resulta baladí una vez que el TS, recientemente, ha fijado el criterio de que dicho requisito (autorización del centro) ha de exigirse atendiendo a la fecha en la que se cursaron los estudios y no atendiendo a la fecha en la que se solicita la homologación y si estos, como es el caso, se cursaron antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2004 (por el juego de los RD 1380/2004 y RD 309/2005 su entrada en vigor se ve prorrogada hasta el 1 de marzo de 2005) entonces ha de seguirse el criterio anteriormente marcado bajo la vigencia del RD 86/1987.

(…)

El Tribunal Supremo ha cambiado este criterio y en recientes y numerosas sentencias de la Sala Tercera, Sección 4, de 16 de Junio de 2009 (recurso 1921/2008), de 21 de Julio de 2009 (recurso 1719/2008), de 21 de Julio de 2009 (recurso: 7157/2005), de 23 de Julio de 2009 (recurso: 828/2008), entre otras muchas, se casan las sentencias dictadas por este Tribunal en asuntos similares al que nos ocupa, y se acoge la tesis

consistente en que lo trascendente a los efectos de homologación es la normativa existente en el momento en el que se cursaron los estudios y no en el momento en el que se solicita la homologación pretendida por lo que habrá que estar a la normativa entonces vigente para determinar si era necesario o no que el centro radicado en España contase con la preceptiva autorización administrativa. Por lo que si los estudios se cursaron antes de que entrase en vigor la Ley Orgánica 6/2001 y el RD 285/2004, resultaba aplicable para la homologación la anterior normativa, constituida por la Ley Orgánica 11/1983 y del Real Decreto 86/1987, normas en las que no era exigible para obtener la homologación, el requisito de que los centros radicados en España en los que se hubiera seguido toda o parte de la formación necesaria para obtener el título universitario extranjero contaran con la autorización prevista en el Real Decreto 557/1991.

(…)

Este Tribunal acata esta nueva jurisprudencia, dado que nos encontramos ante un gran número de sentencias que se pronuncian en el mismo sentido y que, por lo tanto, deben considerarse como una jurisprudencia reiterada. En aplicación de la misma se constata para el supuesto que nos ocupa que los estudios realizados por el recurrente se desarrollaron bajo la vigencia del Real Decreto 86/1987 y antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2001 y el RD 285/2004, fecha en la que no era exigible la autorización a los centros radicados en España por lo que no es posible denegar la homologación pretendida al amparo de la ausencia de dicha autorización administrativa para el centro en el que cursó sus estudios y ello aunque la homologación se solicitase después de la entrada en vigor de estas últimas normas.

Ello no implica, tal y como afirma dicha jurisprudencia, que deba accederse a la homologación pretendida sino que deben retrotraerse las actuaciones al momento de la solicitud inicial de la homologación, ordenando iniciar y tramitar al Ministerio de Educación y Ciencia el correspondiente expediente en el marco del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, en el que se emita el oportuno dictamen por el comité técnico competente acerca del juicio de equivalencia de la formación cursada por el interesado..., en relación con la exigida en España.... y tras los trámites pertinentes se dicte la resolución que proceda. Al caso de autos son trasvasables plenamente las conclusiones expuestas ya que los estudios conducentes a la expedición del título cuya homologación se pretende concluyeron en el año 2004 y por ello ha de estimarse la demanda con la correspondiente reposición de actuaciones en vía administrativa. Cuanto acabamos de transcribir se puede leer en la sentencia recaída en el recurso n.º 758/2007 y es aplicable —mutatis mutandis— al actual recurso en virtud del principio de unidad de doctrina, que cuenta con el respaldo de los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, lo que ha de conducir a la estimación de la demanda sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial a que se alude en la misma. Así, en efecto, en el caso que nos ocupa si bien en la resolución recurrida se reseña que la Escuela Autónoma de Dirección de Empresas —EADE— (Málaga) obtuvo la correspondiente autorización por Orden de la Consejería de Educación y Ciencia de fecha 6 de julio de 1995 (BOJA de 5 de agosto), con efectos a partir del curso 1995/1996, el demandante cursó sus estudios entre los años académicos 1994/1995 y 1997/1998, de donde que resulte de aplicación al caso el Real Decreto 86/1987 y no la normativa aplicada por la Administración demandada (LO 6/2001 y Real Decreto 285/2004), y ello con las consecuencias que ya se han expuesto más atrás.

Homologación de títulos universitarios obtenidos en el extranjero: solicitud de homologación del título de Bachelor of Science in Environmental Science —University of Wolverhampton— al título español de Licenciado en Ciencias Ambientales. Informe del comité técnico: el informe en el que se basa la denegación de la solicitud no reúne las características previstas para los informes sobre determinadas titulaciones extranjeras; retroacción del procedimiento para tramitarlo incluyendo el informe correspondiente.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**
Fecha: **5 de abril de 2011**
Recurso Contencioso-Administrativo: **454/2009**
Ponente: **D. Francisco Díaz Fraile**
Voz: **Homologación de título: Ciencias Ambientales. Reino Unido. Informe técnico**

Se impugna la resolución de 2 de junio de 2009 del Ministerio de Educación, que acordó denegar la solicitud formulada en su día por la hoy parte actora en orden a que su título de Bachelor of Science in Environmental Science, obtenido en University of Wolverhampton (Reino Unido), le fue homologado al título español de Licenciado en Ciencias Ambientales, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

La solicitud de homologación se presentó el 26 de febrero de 2008, y la resolución recurrida ha aplicado el Real Decreto 285/2004, de 20 febrero, que regula las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, apoyándose en su decisión denegatoria en un dictamen desfavorable del Consejo de Coordinación Universitaria. A este respecto la resolución impugnada dice lo siguiente: «Visto el dictamen desfavorable emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria respecto de aquellas solicitudes de homologación de títulos extranjeros obtenidos tras la superación de un programa de estudios de tan solo tres años de duración, cuando se solicite respecto a un título de Licenciado, Ingeniero y Arquitecto, habida cuenta la inferior duración, carga académica y la intensidad de los estudios realizados respecto de los exigidos para obtener cualquiera de los títulos españoles de primer y segundo ciclo cuya homologación se pretende».

La demanda rectora del proceso aduce que se trata de un título de educación superior y que en el caso se han seguido cuatro cursos de estudios, trae a colación dos precedentes de la misma Universidad extranjera en que se obtuvo la homologación de los correspondientes títulos condicionada a la previa superación de requisitos formativos complementarios, cita determinadas sentencias de este Tribunal que no hacen al caso pues se referían a resoluciones denegatorias de homologación por falta de autorización del centro donde se habían impartido las enseñanzas, e invocando el artículo 12.1.a) del Real Decreto 285/2004 refuta que la decisión administrativa se haya tomado con base en un informe genérico que no alude a título alguno, por lo que termina con la súplica de que se anule la resolución recurrida y se retrotraiga el procedimiento para que se tramite en debida forma, con inclusión del informe del correspondiente comité técnico, antes de su resolución definitiva, a cuya súplica se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

(...)

El precitado informe de la Universidad de Wolverhampton nos proporciona dos datos determinantes para la suerte del actual recurso, cuales son que se trata de un título de educación superior y que la recurrente puede —tras los referidos estudios— acceder a un curso de postgrado, cuya circunstancia debe relacionarse con la disposición del artículo 9.2 del Real Decreto 285/2004, que establece que «la homologación a un título español de Licenciado, Arquitecto o Ingeniero, o a uno de los títulos de Grado que se establezcan de acuerdo con el Real Decreto 55/2005, de 21 de enero, por el que se establece la estructura de las enseñanzas universitarias y se regulan los estudios universitarios oficiales de Grado, requiere que el título extranjero permita en el país de procedencia el acceso a estudios oficiales de postgrado». Lo anterior sería suficiente para estimar la demanda, que impetra la retroacción del procedimiento para su tramitación en debida forma, con inclusión del informe del correspondiente comité técnico, pues el Real Decreto 285/2004 aplicado tiene por objeto —artículo 1.a)— precisamente las condiciones y el procedimiento para la homologación de títulos de educación superior obtenidos conforme a sistemas educativos extranjeros y se cumple en el caso el requisito contemplado

en el precitado artículo 9.2 del mismo cuerpo normativo que exige poder acceder a estudios de postgrado.

Sin perjuicio de lo anterior, examinaremos los otros argumentos recursivos expuestos en la demanda. Así, en relación con la duración de los estudios parece que la actora realizó tres cursos en España a lo largo de dos años, si bien los mismos parece que se equiparan a los módulos implantados en el programa cursado por los alumnos de los dos primeros años de la titulación de Ciencias Medioambientales de la Universidad de Wolverhampton, donde la recurrente cursó el último año de sus estudios, de modo que hemos de concluir que la referida titulación tenía una duración de tres años, y es que el título de Bachelor of Science de dicha Universidad se puede obtener generalmente tras tres o cuatro años de estudios universitarios por la rama científica. Ahora bien, dicha duración no sería un impedimento insalvable dado que, como vimos más arriba, se trata de un título de educación superior que permite el acceso a estudios de postgrado.

(...)

Por último, el artículo 12.1.a) del Real Decreto 285/2004 a que apela la demanda merece un comentario. El artículo 12 de dicho Real Decreto dispone lo siguiente: «1. El informe motivado del comité técnico, que se realizará atendiendo a los criterios recogidos en el artículo 9, podrá ser: a) De carácter general, cuando se pronuncie de forma genérica sobre una determinada titulación extranjera. b) De carácter particular, referido de forma concreta a la formación específica en una titulación extranjera aportada por el solicitante. 2. En ambos casos deberá pronunciarse en sentido favorable, favorable condicionado a la previa superación de requisitos formativos complementarios, o desfavorable. 3. Este informe tendrá el carácter de preceptivo y determinante a los efectos previstos en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y deberá ser emitido en el plazo de tres meses desde que se solicite por el órgano instructor». La simple lectura del precepto que acabamos de transcribir pone de manifiesto que el informe genérico denunciado en la demanda y que sirvió de apoyo y fundamento al acto recurrido no reúne las características previstas en el repetido artículo 12.1.a) del Real Decreto 285/2004 para los informes de carácter general, que han de versar sobre una determinada titulación extranjera, de tal manera que malamente puede sostenerse la resolución recurrida al apoyarse en un informe producido en unos términos inadecuados tras la aprobación y entrada en vigor del Real Decreto 285/2004 aplicado.

Homologación de títulos académicos: solicitud de homologación del título británico de Bachelor of Arts in Journalism al título español de Licenciada en Periodismo. Centro no autorizado: la autorización del centro se exige atendiendo a la fecha en que se cursaron los estudios y no a la fecha de solicitud de la homologación. Retroacción de las actuaciones: anulación de resolución denegatoria de la homologación y retroacción de actuaciones al momento inicial de la solicitud. Dictamen posterior del comité técnico competente acerca del juicio de equivalencia de la formación cursada.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **10 de mayo de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **581/2009**

Ponente: **D. Francisco Díaz Fraile**

Voz: **Homologación de título británico de Bachelor of Arts in Journalism al título español de Licenciada en Periodismo: juicio de equivalencia**

Se impugna la resolución de 21 de julio de 2009 del Ministerio de Educación, que acordó denegar la solicitud formulada en su día por la hoy parte actora en orden a que su título de Bachelor of Arts in Journalism —obtenido en University of Wales (Reino Unido)— le fuese homologado al título español de Licenciada en Periodismo, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

La solicitud de homologación origen de la litis se presentó el 26 de marzo de 2009, siendo así que los estudios se cursaron en la Escuela Superior de Comunicación (ESCO) de Granada entre los años académicos 2001/2002 y 2005/2006 (es de ver en el correspondiente certificado oficial obrante en el expediente que la mayoría de las asignaturas del cuarto curso son aprobadas en 2004/2005, si bien existe una asignatura del tercer curso y dos asignaturas del cuarto curso que no son aprobadas hasta 2005/2006) sin contar el citado centro con la preceptiva autorización para impartir las correspondientes enseñanzas conforme al Real Decreto 557/1991, expidiéndose el correspondiente título de Bachelor of Arts in Journalism en agosto de 2006.

Visto lo anterior, el primer aspecto a dilucidar es el relativo a la normativa de aplicación al caso litigioso. La resolución recurrida ha aplicado el Real Decreto 285/2004, que entró en vigor el 1 de marzo de 2005 (vid. el Real Decreto 309/2005 y su disposición transitoria única), mientras que en la demanda se defiende la aplicabilidad del Real Decreto 86/1987 (que fue derogado por aquel Real Decreto 285/2004), resultando decisiva para la suerte del recurso la aplicación de una u otra disposición según vamos a ver seguidamente.

(…)

Se plantea en el presente recurso la homologación al título español de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas del título de Bachelor of Arts in Business Administration expedido por The University of Wales, tras la realización por el recurrente de los correspondientes estudios de cuatro años de duración (2000-2004) en la Escuela Superior de Gestión y Administración de Empresas (Castellón).

La Administración cuestiona que el mencionado centro obtuviera la autorización para impartir enseñanzas conducentes a la obtención de un título universitario extranjero, en concreto del título de Bachelor of Arts in Business Administration conforme el sistema educativo vigente en Gran Bretaña, con efectos a partir del curso 1998/1999, por Orden de la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalitat Valenciana de 10 de febrero de 1998 ya que dicha Orden se refiere a Escuela Superior SL.

Sin embargo dicha polémica resulta baladí una vez que el TS, recientemente, ha fijado el criterio de que dicho requisito (autorización del centro) ha de exigirse atendiendo a la fecha en la que se cursaron los estudios y no atendiendo a la fecha en la que se solicita la homologación y si estos, como es el caso, se cursaron antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2004 (por el juego de los RD 1380/2004 y RD 309/2005 su entrada en vigor se ve prorrogada hasta el 1 de marzo de 2005) entonces ha de seguirse el criterio anteriormente marcado bajo la vigencia del RD 86/1987.

(...)

El Tribunal Supremo ha interpretado en su última doctrina legal las disposiciones transitorias más arriba transcritas de una forma diferente a como lo hizo inicialmente esta Sala, de tal forma que el alto Tribunal entiende que lo determinante a efectos de las condiciones que han de regir la homologación desde un aspecto sustantivo no es la fecha de la solicitud de homologación, sino la fecha en que se cursaron los estudios, si bien desde un punto de vista adjetivo o procedimental aplica el Real Decreto 285/2004 a las solicitudes presentadas tras su entrada en vigor. Esta Sala ha venido aplicando esta nueva doctrina legal del Tribunal Supremo a casos en que los estudios en cuestión se iniciaron y también terminaron antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2004.

El recurso que ahora nos ocupa nos plantea el tema novedoso de estudios que se han iniciado antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2004, si bien han finalizado después de dicha entrada en vigor. El dilema que se nos ofrece versa sobre si observar la misma solución aplicada hasta ahora, lo que supondría desestimar el recurso al haber finalizado los

estudios después de haber entrado en vigor el Real Decreto 285/2004, o bien modular dicha solución exigiendo tan solo que los estudios se hayan iniciado antes de la entrada en vigor del repetido Real Decreto 285/2004, lo que permitiría la estimación del actual recurso.

Este Tribunal de forma mayoritaria opta por el segundo término de la alternativa que acabamos de reseñar acogiendo la invocación que se hace en la demanda relativa a los principios de seguridad jurídica e irretroactividad.

Homologación del título de Bachelor of Science in Environmental Risk Management obtenido en la University of Wales (Reino Unido), al Grado Académico de Diplomada: retroacción de actuaciones al inicio de la solicitud; tramitación del expediente y dictamen del comité técnico competente sobre del juicio de equivalencia entre la formación correspondiente a la titulación cursada por la interesada y la exigida en España para la obtención del título cuya homologación solicita.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **3 de junio de 2011**
Recurso de Casación: **3742/2010**
Ponente: **D. Enrique Lecumberri Martí**
Voz: **Homologación del título de Bachelor of Science in Environmental Risk Management (Reino Unido) al Grado Académico de Diplomada: centros no autorizados**

La cuestión que se ventilaba en los recursos referenciados y en este mismo que ahora se sustancia gira, en síntesis, en la denegación por parte del Ministerio de la solicitud de homologación del título obtenido por los interesados en diferentes disciplinas —Bachelor of Arts in Bussiness Administration with a General Degree, Bachelor of Arts in Business, Bachelor of Arts in Tourism, Bachelor of Science in Technology Management y Higher National Diploma Engineering o Bachelor of Science— y emitidos por las Universidades de Gales, Colorado y Wolverhampton, tras la realización por los solicitantes de los correspondientes estudios en centros radicados en España que, en la época en que se cursaron parte o la totalidad de los estudios carecían de autorización oficial para impartir las enseñanzas conducentes a la expedición de un título universitario extranjero. Esta circunstancia condujo al Ministerio a señalar que no era posible la homologación del título, puesto que no procedía tal homologación de títulos extranjeros cuando el total o parte de la enseñanza se hubiese desarrollado en España en Centros o Instituciones no autorizados para la impartición de estudios universitarios, implicando que homologar títulos logrados en tales condiciones supondría eludir, a través de una vía indirecta, la aplicación de las normas de este último reglamento y dar por buena una formación que no puede tener validez oficial, precisamente, porque el centro que la impartió no estaba autorizado para hacerlo.

Las sentencias impugnadas de la Audiencia Nacional, sin embargo, consideran superado el debate y aplican la doctrina emanada de resoluciones anteriores de la misma. De esta manera, argumentan que una cosa es la homologación de títulos extranjeros de educación superior y otra distinta los requisitos que han de cumplirse para crear Universidades o centros universitarios y, consecuentemente, como aquí estamos ante el primer supuesto, lo procedente es aplicar el Real Decreto 86/1987 que es el que lo regula, en donde no se exige que el centro en el que se haya cursado la formación que llevó a la obtención del título o títulos cuya homologación se pretende esté autorizado para impartir en España títulos universitarios conforme al Real Decreto 557/1991. Por

ende, no puede ser causa de denegación de una solicitud la falta de tal autorización, debiendo tramitarse el correspondiente expediente conforme al Real Decreto 86/1987, solicitando informe a la Comisión Académica del Consejo de Universidades y resolviendo en consecuencia.

Homologación de títulos académicos: solicitud de homologación del título de doctor en medicina de la República Dominicana al título español de Licenciado en medicina. Principio de igualdad: resolución administrativa que condiciona la homologación a la previa superación de requisitos formativos complementarios no exigidos a otras solicitantes en las mismas circunstancias; de la documentación aportada por el solicitante se desprende que reúne los requisitos de duración, carga horaria y contenidos exigidos por los planes de estudios de Licenciado en medicina.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**
Fecha: **30 de junio de 2011**
Recurso Contencioso-Administrativo: **736/2008**
Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**
Voz: **Homologación de doctor en medicina: República Dominicana. Requisitos formativos complementarios**

Se interpuso el presente recurso contra la resolución de 16 junio 2008 dictada por el Secretario General Técnico del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, por delegación de la señora Ministra, que de conformidad con el dictamen emitido por el Comité Técnico del Consejo de coordinación universitaria, que informó en sentido favorable la homologación solicitada, previa superación de requisitos formativos complementarios, dispuso otorgar la homologación interesada del título de doctor en medicina obtenido por don Dimas, de nacionalidad dominicana, en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (República Dominicana) al título español de licenciado en medicina, condicionada a la previa superación de los requisitos formativos complementarios (prueba de aptitud o asistencia a cursos tutelados) para acreditar conocimiento en las siguientes materias: desarrollo, morfología, estructura y funciones de los aparatos y sistemas corporales en estado de salud; introducción a la patología: causas, mecanismos, manifestaciones generales y expresión morfológica de la enfermedad. Bases del diagnóstico y tratamiento.

Alega, en esencia, el recurrente que con los mismos requisitos y titulación, doña Estrella y doña Raquel solicitaron la homologación de sus títulos universitarios y fueron homologados sin la exigencia de ningún requisito formativo complementario, razón por la cual se produce una clara situación de desigualdad.

(…)

Según informó inicialmente el Consejo de Coordinación Universitaria del Ministerio de Educación y Ciencia español, «el solicitante no aporta la documentación necesaria para poder valorar la adecuación de sus estudios de medicina con los estudios españoles. Sería necesario que aportara el programa analítico de las asignaturas cursadas, así como el número de horas en cada una de ellas. Tampoco es posible valorar la duración de los estudios en dicha facultad».

Como consecuencia de dicho informe el interesado fue requerido mediante acuerdo de 27 noviembre 2006 para que presentara la documentación consistente en «programas analíticos y carga horaria». El recurrente presentó escrito el 2 diciembre 2006 manifestando adjuntar programas analíticos y carga horaria. El 1 de abril de 2008 fue evacuado informe de homologación condicionada de conformidad con los criterios adoptados por el Comité Técnico de Ciencias de la Salud, por el Consejo de Coordinación Universitaria, donde consta que la duración de los estudios extranjeros es de 6 años, habiendo ini-

ciado el solicitante sus estudios en 1998 y terminándolos en 2004. La equivalencia con respecto a la temporalidad mínima exigida por el real decreto de directrices generales propias de la titulación española cuya homologación se pretende es razonable. La carga académica global (teoría y práctica) es 500 créditos equivalentes, según se ha podido determinar de forma aproximada a partir de los datos facilitados por el solicitante. Equiparable.

La correspondiente entre los contenidos formativos a partir de los descriptores de las materias troncales, presenta carencias superiores al 25%, alcanzando un porcentaje del 25% aproximadamente. Consta una tabla relativa del grado de cumplimiento alcanzado por el solicitante respecto de los créditos a cursar en las materias troncales de la carrera solicitada, y en ella se hace constar como contenido acreditado insuficientemente cursado el relativo a «introducción a la patología: causas, mecanismos, manifestaciones generales y expresión morfológica de la enfermedad. Bases del diagnóstico y tratamiento». Y como contenido muy deficientemente cursado el relativo a «desarrollo, morfología, estructura y funciones de los aparatos y sistemas corporales en estado de salud». Respecto de los demás contenidos, éstos figuran como completamente cursados. Aquellos fueron considerados como cursados parcialmente, emitiéndose informe de homologación favorable, pero condicionado a la previa superación por el solicitante de una prueba de aptitud para suplir una carencia formativa de un 25%, aproximadamente, en aquellas materias troncales anteriormente referidas como cursadas parcialmente.

(…)

De todo lo expuesto y de las pruebas practicadas en el recurso, debe concluirse que la titulación que resulta del currículum y documentación aportada don Dimas pone de manifiesto que reúne los requisitos de duración, carga horaria y contenidos que figuran en las directrices generales propias de los planes de estudio de Licenciado en medicina, según lo previsto en el Real Decreto 1417/1990, de 26 octubre, sustancialmente iguales a los de doña Estrella y doña Raquel, sin que la representación procesal de la administración demandada haya formulado al respecto alegaciones que desvirtúen esta conclusión.

Homologación de títulos académicos: solicitud de homologación del título argentino de médico especialista en cirugía plástica al título español de médico especialista en cirugía plástica, estética y reparadora. Programa formativo: juicio de equivalencia; informe de la Comisión Nacional de la Especialidad; falta de correspondencia en lo referente a la duración y contenidos.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**
Fecha: **30 de junio de 2011**
Recurso Contencioso-Administrativo: **508/2009**
Ponente: **D. Jesús Cudero Blas**
Voz: **Homologación de título: médico especialista en cirugía plástica obtenido en Argentina. Falta de correspondencia en la duración y contenidos**

La Comisión Nacional de la Especialidad emitió los siguientes informes a la mencionada homologación: a) El 27 de noviembre de 2006, desfavorable porque «no existe correspondencia en la duración ni en los contenidos del programa formativo ni aporta ejercicio profesional posterior a la obtención del título de especialista en Argentina», indicando en informe anexo que no acredita rotaciones obligatorias ni optativas distintas de su período formativo en clínica general; b) El 23 de abril de 2007, desfavorable a dicha solicitud porque «no existe correspondencia en la duración ni en los contenidos del programa formativo ni aporta ejercicio profesional poste-

rior a la obtención del título de especialista en Argentina», añadiendo que «no aporta nueva información» y que «en lo referente a la duración de su período formativo de tres años en cirugía general y tres en cirugía plástica, dichos períodos no se pueden considerar de forma aditiva», por lo que «su formación en cirugía plástica es de tan solo tres años». Se indica, además, que «en lo referente a los contenidos, los mismos son los recogidos en el programa formativo oficial de la especialidad que puede solicitar para contrastar con sus contenidos formativos». El informe finaliza con un anexo en el que se señala que «no aporta rotaciones en traumatología, ni medicina intensiva en primer año y que el solicitante refiere un ejercicio profesional de seis años, pero no lo acredita»; c) El 25 de septiembre de 2007, desfavorable por cuanto «no existe correspondencia en la duración ni en los contenidos del programa formativo»; «no aporta información relevante que haga variar los dictámenes anteriores al respecto de la solicitud de homologación». En informe anexo se señala que «no existe correspondencia ni en duración (3 años en CPL) ni en el contenido teórico-práctico dada la escasez de intervenciones quirúrgicas en las que ha participado, áreas completas de la actividad en las que no ha participado ni mucho menos realizado bajo supervisión/tutoría, fundamento del sistema formativo español»; d) El 9 de febrero de 2009, desfavorable pues «evaluadas las alegaciones, esta Comisión no encuentra documentación nueva que aporte datos adicionales con respecto a la evaluación previa», ratificándose en los informes desfavorables anteriores. A juicio del actor, el acto administrativo denegatorio incurre en falta de motivación al no efectuar una exégesis de las causas por las que se deniega la homologación y, en cuanto al fondo, es contrario a Derecho pues desconoce que la duración del programa formativo es de seis años (como —a su juicio— ha reconocido la propia Administración) e ignora que se han efectuado las rotaciones correspondientes, sin que se aprecie deficiencia alguna desde el punto de vista programático del programa formativo de la especialidad.

(…)

Frente a dicha decisión técnica, se limita el actor a insistir en el hecho de que —a su juicio— su programa formativo ha tenido una duración de seis años y en la circunstancia —esencial desde su punto de vista— de que la Administración habría reconocido la pretendida extensión de su período de formación en Argentina al proponerse por el órgano instructor (folio 205 del expediente) un informe favorable «toda vez que en el expediente queda suficientemente acreditado que el período formativo completo tiene una duración de seis años», lo que constituiría una verdadero acto propio de la Administración. La tesis del demandante debe claramente rechazarse. En primer lugar no puede hablarse en modo alguno de «acto propio de la Administración» cuando el órgano encargado de emitir la declaración de voluntad correspondiente (el Ministro de Educación) ha rechazado expresamente la pretensión actora por, entre otras razones, la insuficiente duración de su programa formativo y cuando tal decisión se ha amparado en el juicio de equivalencia (negativo) efectuado hasta en cuatro ocasiones por el órgano técnico competente. Pero es que, además, mal puede defenderse que la Administración habría reconocido la pretensión actora en punto a la duración sobre la base de una simple propuesta del instructor del expediente de homologación que, como tal, ni tiene carácter vinculante para el órgano decisor ni puede condicionar a éste hasta el punto de hacer caso omiso al juicio técnico efectuado por la Comisión Nacional.

En definitiva, ha de estarse al criterio expresado por la tantas veces citada Comisión Nacional de la Especialidad en relación con la duración del programa formativo del actor (tres años, al computarse exclusivamente la formación en cirugía plástica, inferior a la formación española), lo que resulta suficiente para desestimar el recurso y declarar la conformidad a Derecho de la resolución recurrida.

Solo cabría añadir que tampoco desde la perspectiva del contenido teórico-práctico de su programa formativo sería posible, a criterio del órgano técnico competente, la homologación solicitada, debiendo estarse al juicio de equivalencia efectuado por la Comisión Nacional en atención a las potestades discrecionales que le son propias.

Homologación de títulos académicos: impugnación de resolución que homologó el título de técnica en Podología obtenido en el Instituto Politécnico de La Habana (Cuba) al español de Diplomada en Podología. Niveles académicos: el título homologado no tiene naturaleza universitaria; nulidad de la resolución impugnada.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**
Fecha: **30 de junio de 2011**
Recurso Contencioso-Administrativo: **330/2008**
Ponente: **D. Jesús Cudero Blas**
Voz: **Homologación de título cubano: técnico en podología. Correspondencia entre niveles académicos: ausencia de naturaleza universitaria**

Se impugna en el presente proceso la resolución de la Subdirectora General de Títulos, Convalidaciones y Homologaciones de fecha 2 de agosto de 2006 (dictada por delegación del Ministro de Educación) por la que homologó al título español de Diplomada en Podología el título de Técnica en Podología obtenido por doña Belén en el Instituto Politécnico de la Salud «doctor Salvador Allende» de La Habana (Cuba).

(…)

A juicio de la Sala, la parte actora ha acreditado de manera suficiente que el título obtenido en Cuba por la Sra. Belén no tiene carácter universitario, conclusión que se obtiene de los siguientes datos: a) Del propio título aportado por la interesada, en el que se refleja que el mismo se corresponde con «el nivel medio superior de la titulación técnica y profesional»; b) De la circunstancia de que dicha titulación sea otorgada por un «instituto politécnico de la salud» y no por un centro universitario; c) Del informe emitido al respecto por don Fructuoso (profesor titular de la universidad de Barcelona, director de su departamento de Podología y experto evaluador de títulos de educación superior del Ministerio de Educación), en el que se señala sin ambages que el Instituto Politécnico Salvador Allende es un centro de docencia médica media, que el título expedido a favor de la Sra. Belén equivale en España al obtenido tras los estudios de técnico de grado superior (formación profesional) y que, por tanto, no existe correspondencia con el título español de diplomado en Podología, dado el carácter de diplomatura universitaria de éste.

Acreditada la falta de concurrencia del presupuesto que permite la homologación (la necesaria y obligatoria equivalencia de los correspondientes niveles académicos del título cubano y del título español), el recurso debe estimarse, declarando —por tanto— la disconformidad a Derecho de la resolución recurrida, sin que tal decisión produzca indefensión a la Sra. Belén, pues la misma fue debidamente emplazada en el presente procedimiento y, ante la denegación de su petición de justicia gratuita, fue requerida por la Sala (por providencia de 21 de noviembre de 2008) para personarse en los autos en calidad de codemandada, no atendiendo al citado requerimiento.

Homologación de títulos: homologación del título rumano de Asistent Generalist al español de Diplomado en Enfermería; no concurre el requisito necesario de que el título se haya obtenido mediante estudios superiores (universitarios).

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**
Fecha: **13 de julio de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **538/2009**
Ponente: **D. Jesús Cudero Blas**
Voz: **Homologación de título rumano al diplomado español en enfermería: rango de estudios universitarios**

Se impugna en el presente proceso la resolución del Ministerio de Educación de 12 de junio de 2009, por la que se denegó la homologación del título de Asistent Generalist, obtenido por la interesada en Scoala Postliceala Sanitaria, Sibiu (Rumania), al título español de Diplomada en Enfermería.

(…)

Frente a lo anterior, la demanda rectora del proceso expone las circunstancias que concurren en el caso, alega que el título presentado a homologación «es la máxima titulación académica que se expide en Rumania para ser enfermera», aduce que existe correspondiente de niveles académicos, carga horaria y período de formación y añade que ha de tenerse en cuenta la práctica y experiencia laboral de la recurrente.

Importa retener en este punto que la ratio decidendi de la denegación administrativa de la homologación interesada estriba en que el título extranjero de referencia no es un título de educación superior, sino que sanciona una formación de carácter profesional de nivel post-secundario superior, por lo que malamente podía ser objeto de homologación conforme al Real Decreto 285/2004 a cuyo amparo se presentó la instancia de homologación, y ello teniendo por objeto este último Real Decreto la homologación de títulos extranjeros de educación superior según vimos más arriba, cuya ratio decidendi no ha sido enervada en esta sede judicial por las alegaciones de la demandante, que ni siquiera solicitó el recibimiento del proceso a prueba para cuestionar, al menos indiciariamente, el presupuesto en el que se asienta la resolución recurrida.

(…)

A lo anterior es de añadir que esta Sala ya se ha pronunciado sobre un asunto idéntico al que ahora nos ocupa, en el que —además— se aducía por la recurrente la existencia de un precedente administrativo que habría homologado un título de idéntica naturaleza al que ahora nos ocupa. Dice, en efecto, la sentencia de la Sección Quinta de esta Sala de 10 de marzo de 2010, desestimando el recurso núm. 1211/2008 que guarda analogía con el caso que ahora nos ocupa, lo siguiente: «Esta Sala de modo reiterado viene estableciendo que en relación con el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española, que como reiteradamente establece el Tribunal Constitucional (sentencias 62/1984, 64/1984, 49/1985, 52/1986, 73/1989, etc.) la igualdad lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley, siendo un valor preeminente del ordenamiento jurídico y no implica la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad.

Ahora bien, sin olvidar que la igualdad sólo puede operar dentro de la legalidad (sentencias del Tribunal Constitucional 43/1982, 51/1985, 151/1986, 62/1987, 40/1989, 21/1992, 78/1997, etc.) no toda desigualdad de trato en la ley o en aplicación de la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino sólo aquella que introduce una diferencia entre situaciones de hecho que puedan considerarse iguales y que carezcan de una justificación objetiva y razonable.

En consecuencia, la apreciación de una violación del principio de igualdad exige constatar, en primer lugar, si los actos o resoluciones impugnadas dispensan un trato diferente a situaciones iguales y, en caso de respuesta afirmativa, si la diferencia de trato tiene o no una fundamentación objetiva y razonable (sentencias del mismo Tribunal 253/1988, 261/1988, 90/1989 , 68/1990 , etc.). A efectos de aquella comprobación, es indispensable que quien alega la infracción del artículo 14 de la Constitución, aporte un término de comparación válido, demostrando así la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que han recibido diferente trato, lo que corresponde a quien alega la vulneración (sentencias del Tribunal Constitu-

cional 307/1993, 80/1994, 321/1994, 11/1995 ó 1/1997, etc.), sin que baste una invocación abstracta genérica e indeterminada (sentencias de dicho Tribunal Constitucional 80/1994 ó 1/1997, entre muchas).

Y en el supuesto de autos, aun cuando no se ha practicado la prueba instada por la parte actora en orden a que la Administración certificara si el título de Asistent Medical Generalist, obtenido en la Scoala Postliceala Sanitaria ha sido o no homologado en anteriores ocasiones, carece de eficacia jurídica enervante a la pretensión procesal, por cuanto, como consta en el informe del Consejo de Coordinación Universitaria, el título de la actora podría ser susceptible de reconocimiento profesional, si cumple los requisitos establecidos en las Directivas Europeas 2005/36 y 2006/1000, razón por la cual pudo reconocerse el título a las personas que menciona en su demanda por este cauce; en segundo término, la parte actora únicamente realiza una afirmación genérica de igualdad pero no aporta dato fáctico alguno, en orden a efectuar el juicio comparativo, a lo que venía obligada por imperativo de los principios procesales de la carga de la prueba; y, tercero, aun en el supuesto que hubiera habido homologación, y no reconocimiento profesional al amparo del Derecho Comunitario, el carácter no universitario del centro expedidor del título, determinaría la ilegalidad de dichas convalidaciones, por lo que el principio de igualdad no es aplicable, al ser la situación objeto de comparación ilegal».

Cuanto acabamos de transcribir es aplicable aquí y ahora mutatis mutandis, constituyendo la antedatada sentencia de la Sección Quinta de esta Sala un precedente judicial contrario a la homologación que se pretende, precedente que ha de prevalecer dado su carácter privilegiado sobre el precedente administrativo invocado por la actora.

Homologación de títulos académicos: Bachelor of Engineering y Master of Sciencie in Transport Planning and Engineering otorgados en Reino Unido al título universitario español de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. Autorización del centro: requisito exigible atendiendo a la fecha en que se cursaron los estudios y no a la de solicitud de la homologación. Retroacción de actuaciones: anulación de resolución denegatoria y retroacción de actuaciones al momento inicial de solicitud. Dictamen posterior sobre el juicio de equivalencia de la formación cursada.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**
Fecha: **13 de julio de 2011**
Recurso Contencioso-Administrativo: **568/2009**
Ponente: **D. Jesús Cudero Blas**
Voz: **Homologación de título expedido en la Universidad de Edimburgo: ingeniero de caminos, canales y puertos. Centro no autorizado**

Para un correcto enfoque de las cuestiones planteadas en el presente recurso, conviene precisar que el procedimiento instado por el demandante ante el Ministerio de Educación fue el de homologación de sus títulos, obtenidos en las mencionadas universidades británicas tras cursar una parte de los estudios en España (en la Escuela Superior Columbus, de Zaragoza), al correspondiente español, homologación que se rige actualmente por el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, y no el de reconocimiento de dicho título a efectos de ejercicio profesional.

Esta diferencia entre el reconocimiento de títulos a efectos del ejercicio profesional y la homologación de títulos académicos de educación superior resulta fundamental para una correcta

solución de los numerosos recursos sometidos a conocimiento de esta Sala en que con frecuencia se mezclan y confunden ambas categorías pues, si lo que se pretende es el ejercicio de una concreta profesión para lo que habilita el título extranjero en el país que le otorga carácter oficial, aunque los estudios realizados para su obtención hayan sido realizados en España, cuente o no el centro con la pertinente autorización administrativa, habrá de acudirse al procedimiento previsto para tal reconocimiento en función de la profesión de que se trate y no al de homologación, que tiene un contenido y un alcance distinto pues su objeto es la equiparación o asimilación del título al español correspondiente, con independencia del ejercicio profesional al que aquél vaya ligado. Así el reconocimiento profesional tiende a facilitar el ejercicio de las libertades consagradas en el derecho comunitario europeo, como la de establecimiento y prestación de servicios, en el ámbito de la Unión Europea, y se rige por las normas de derecho comunitario originario y derivado incorporadas al ordenamiento interno, en su caso, por las normas nacionales, como ocurre en España con el Real Decreto 1665/1991 que incorpora la Directiva 89/48/CEE, del Consejo, que han de respetar su contenido y finalidad, habilitando para el ejercicio de la práctica profesional regulada de que se trate, pero que no supone una equiparación o asimilación académica con títulos españoles; por su parte, la homologación de títulos académicos está sometida a las normas del derecho interno de cada Estado y se basa en una comparación entre el contenido y duración de los estudios conducentes a la obtención de los respectivos títulos y se aplica tanto a los que pretendan la homologación de títulos expedidos en países pertenecientes a la Unión Europea, como a los de otros Estados.

(…)

Se plantea en el presente recurso la homologación al título español de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos de los títulos de «Bachelor of Engineering y Master of Sciencie in Transport Planning and Engineering» otorgado por las Universidades de Abertay Dundee y Napier University de Edimburgo (Reino Unido), tras la realización por el recurrente de parte de los correspondientes estudios de cuatro años de duración (1995-1999, en el caso del primer título) y un año (período académico 2001/2002, en el supuesto del Master) en la Escuela Superior Columbus, de Zaragoza y el los términos que constan debidamente certificados en el expediente administrativo.

La Administración cuestiona que el mencionado centro obtuviera la autorización para impartir enseñanzas conducentes a la obtención de un título universitario extranjero, conforme el sistema educativo vigente en Gran Bretaña, por cuanto dicho centro carece de la preceptiva autorización administrativa para impartir tales enseñanzas. Tal criterio debe ser rechazado una vez que el Tribunal Supremo, recientemente, ha fijado el criterio de que dicho requisito (autorización del centro) ha de exigirse atendiendo a la fecha en la que se cursaron los estudios y no atendiendo a la fecha en la que se solicita la homologación, de manera que si tales estudios, como es el caso, se cursaron antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2004 (por el juego de los Reales Decretos 1380/2004 y 309/2005 su entrada en vigor se ve prorrogada hasta el 1 de marzo de 2005) entonces ha de seguirse el criterio anteriormente marcado bajo la vigencia del Real Decreto 86/1987.

(…)

Al caso de autos son trasladables plenamente las conclusiones expuestas ya que los estudios conducentes a la expedición de los títulos cuya homologación se pretende concluyeron, como se dijo, en el año 1999 (licenciatura superior en ingeniería civil) y 2002 (master en ciencias) y por ello ha de estimarse parcialmente la demanda con la correspondiente reposición de actuaciones en vía administrativa, bien entendido que —como señala la sentencia anteriormente mencionada— no resulta posible la homologación directa que se pretende sin que, previamente, se efectúe el juicio de equivalencia exigido por la normativa vigente.

NACIONALIDAD

Nacionalidad española por residencia: Solicitante colombiano. Buena conducta cívica: Diligencias policiales y ejecutoria judicial erróneamente atribuidas al solicitante. Acreditación de lo que se entiende por correcta convivencia de un ciudadano con sus semejantes.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**
Fecha: **28 de abril de 2011**
Recurso Contencioso-Administrativo: **376/2009**
Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**
Voz: **Nacionalidad española: buena conducta cívica. Antecedentes penales adjudicados por error**

La actuación administrativa impugnada en el presente recurso se fundamenta en que no concurre el requisito legalmente exigido (buena conducta cívica, según el artículo 22.4 del Código Civil), porque, según se señalaba en la resolución de 24 junio 2008, «consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes de fecha 8 septiembre 2003 por malos tratos físicos en el ámbito familiar y de 30 noviembre 2005 sobre búsqueda, detención e ingreso en prisión por el juzgado de lo penal número 8 de Palma de Mallorca. La aportación de un certificado procedente de dicho juzgado en el que se afirma que en la actualidad no consta ninguna ejecutoria en trámite ni pendiente de incoar a fecha de 7 mayo 2008 no acredita que no lo hubiera en su día ni que el interesado fuera absuelto».

La resolución de 11 marzo 2009, confirmatoria el reposición de la anterior, se fundamentaba en que «en un tiempo no muy lejano a la presentación de la solicitud revela que existieron hechos realizados por el interesado que han dado lugar a la apertura de diligencias policiales, que pasaron al juzgado de guardia correspondiente, sin que hasta el momento exista una decisión judicial favorable a sus intereses. Obviamente, para que estas circunstancias no tengan una incidencia negativa en la adquisición de la nacionalidad española han de quedar muy alejadas temporalmente del momento en que se presentó la solicitud, pues en otro caso en vez de acreditar la buena conducta cívica se estaría justificando la exención de responsabilidades penales o ausencia de diligencias policiales. En consecuencia, no puede prosperar la pretensión del recurrente dado que, durante la tramitación de la solicitud, no sólo constaban tales antecedentes policiales, sino que el recurrente se hallaba sujeto a las correspondientes diligencias penales por malos tratos físicos en el ámbito familiar. Por lo que al margen de la valoración penal y su resultado, que a la fecha de hoy se desconoce, ya que el interesado, por razones que no se entienden, ni en la instrucción del expediente ni en fase de alegaciones ni, ahora, en la interposición del recurso, aporta decisión judicial favorable a sus intereses, este centro directivo tenía que valorar la situación existente que incidiría negativamente en las normas generales de convivencia, dando lugar a las actuaciones policiales y judiciales señaladas, dado que, como se ha dicho antes con referencia a la doctrina jurisprudencial, no basta la carencia de antecedentes penales para entender justificada la buena conducta cívica... teniendo en cuenta que se trata de unos hechos de extrema gravedad y especial sensibilidad social. Y a mayor abundamiento, no parece que durante la tramitación de la causa penal del expresado hecho delictivo el recurrente mantuviera una actitud colaboradora con la administración de justicia, ya que consta en los archivos policiales una búsqueda, detención e ingreso en prisión, con fecha 30 noviembre 2005, ante el juzgado de lo penal número 8 de Palma de Mallorca, en ejecutoria 797/04, diligencia que, al parecer, es consecuencia de la

indicada causa penal». Alega el recurrente que los antecedentes desfavorables, tanto policiales como judiciales, tomados en consideración para fundamentar la denegación son erróneos. Que tales antecedentes policiales y judiciales no son ciertos; no responden a la realidad. Que la presunta detención practicada el 8 septiembre 2003 en Palma de Mallorca por malos tratos en el ámbito familiar, diligencias 24425, no le fue practicada al recurrente, sino a otra persona, tratándose de un error en la información suministrada por la policía a la administración demandada. Por otra parte, en lo relativo a la supuesta orden de búsqueda, detención e ingreso en prisión, ejecutoria 797/04, también se trata de un error, pues dicha ejecutoria se siguió contra otra persona, que no guarda con el recurrente otra relación que una cierta similitud en el segundo apellido (Justino).

Está acreditado que don Obdulio solicitó la nacionalidad española ante el Ministerio de Justicia el 23 de noviembre de 2005. Nació en Colombia el 7 de julio de 1975, de estado civil casado y con un hijo. Reside legalmente desde el 10 de julio de 2001. Trabaja como peón agrícola jardinero.

En el expediente obran informes del Ministerio Fiscal y del Juez encargado del Registro Civil de 23 de noviembre de 2005, favorables a la solicitud de nacionalidad.

En el documento número uno de los fundamentales de la demanda obra certificación de la Secretaría del juzgado de lo penal número 8 de Palma de Mallorca, emitida el 11 junio 2009, según la cual don Obdulio «no consta ni como condenado y como imputado ni se hace referencia alguna a esta persona en la ejecutoria 797/04».

Asimismo, según certificación de la misma Secretaría, de 6 mayo 2009, se hace constar que «a don Obdulio no le consta ejecutoria en trámite ni pendiente de incoar en este juzgado, por lo que en ningún momento se ha ejecutado desde la existencia de este juzgado sentencia alguna (absolutoria o no) en relación al Sr. Obdulio».

En el documento número 3 de la demanda obra informe del Registro Central de Penados y Rebeldes, de 6 mayo 2009, según el cual «no se han identificado resultados respecto de don Obdulio».

También obra en autos informe del Ministerio del Interior, Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, en el que se hace constar que «como ampliación a nuestro informe de fecha 13 junio 2006, relativo al expediente de nacionalidad española por residencia de don Obdulio, se participa que según comunica la jefatura superior de policía de Baleares, con sede en Palma de Mallorca, los antecedentes indicados en nuestro informe corresponden a otra persona, habiendo sido consignados al solicitante por error».

También obra en autos informe del mismo departamento del Ministerio del Interior, de 12 abril 2010, en el cual, «en contestación a oficio de su referencia, en el que solicitaban informe de antecedentes significativos en orden a la solicitud de nacionalidad española de don Obdulio, se participa: que en el mes de noviembre del año 2009, se persona en estas dependencias el abogado del citado anterior, requiriendo información acerca del trámite de la nacionalidad española solicitado por su cliente, fecha en el que es revisado dicho informe, detectando en el mismo un error en el apartado de antecedentes, informando inmediatamente de dicho error involuntario a la Comisaría General de extranjería y fronteras, a través de oficio del cual se remite copia adjunta».

Y por último, el comisario jefe de la brigada de policía de extranjería y de fronteras, el 25 noviembre 2009 informaba que:

«Por parte de funcionarios del grupo de nacionalidades de esta brigada se ha revisado dicho informe y se ha constatado que en el mismo figura un error en el apartado de antecedentes, ya que los que se relacionan en el mismo a dicho ciudadano extranjero, don Obdulio, pertenecen a otro ciudadano extranjero, llamado Blas, al cual también se le añadieron en su informe de nacionalidad y que es el verdadero titular del número de ordinal del banco de antecedentes policiales Argos que se mencionan el informe, por lo tanto se constata que por error involuntario se reseñaron unos antecedentes en el informe que no le corresponden a Obdulio, no poseyendo el mismo registro alguno desfavorable ni en el archivo de esta jefatura ni en

las aplicaciones informáticas de antecedentes consultadas».

(...)

La carga de probar su buena conducta cívica corresponde al solicitante (art. 22.4 CC), y el reconocimiento de la nacionalidad —para el caso, su adquisición por residencia— comprende aspectos que trascienden el orden penal, en razón al plus que confiere su otorgamiento.

Aunque es verdad que haber sido condenado en sede penal, aun cuando sea por una falta, tiene relevancia para valorar la «buena conducta cívica» de quien solicita adquirir la nacionalidad española por residencia, ello no significa que toda sentencia penal condenatoria traiga automáticamente consigo un estigma de «mala conducta cívica» a efectos del artículo 22 del Código Civil (SSTS de 5 de octubre de 2002 y de 3 de noviembre de 2004, entre otras). Incluso tratándose de hechos ilícitos más graves, la existencia de una previa condena penal es un elemento que debe ser valorado de acuerdo con las circunstancias del caso, pues no todos los delitos y faltas ponen de manifiesto una idéntica ausencia de civismo.

(…)

Las actuaciones practicadas ponen de manifiesto que la actuación administrativa recurrida se fundamentó en unos datos negativos para el actor pero inexistentes. Por lo tanto, siendo así que, de lo que aparece en autos y en el expediente administrativo, resulta acreditado por el recurrente que ha acomodado su régimen de vida y sus actos, en definitiva, su conducta, de forma útil y a propósito con lo que de conformidad con el sentido común y las reglas de la sana crítica se entiende por correcta convivencia de un ciudadano en relación con sus semejantes, según los parámetros que el grupo social establece en un momento histórico determinado, es lo procedente estimar el presente recurso y declarar el derecho del recurrente a la concesión de la nacionalidad española solicitada.

Solicitud de concesión de la nacionalidad española: Denegación. Se debe acreditar el requisito de la buena conducta cívica. Previamente tuvo denuncias por amenazas e injurias y alzamiento de bienes. No procede. Se desestima el recurso.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **29 de abril de 2011**
Recurso de Casación: **1261/2008**
Ponente: **D. Octavio Juan Herrero Pina**
Voz: **Concesión de la nacionalidad española: buena conducta cívica. Delito de alzamiento de bienes**

Formulada solicitud de reconocimiento de la nacionalidad española por D.ª Marí Trini, nacional de Marruecos, le fue denegada por resolución del Ministerio de Justicia de 6 de junio de 2005, basándose dicha resolución en que aun cuando la solicitante llevaba el tiempo exigido de residencia legal en España y había justificado una integración suficiente en la sociedad española, «no ha justificado suficientemente buena conducta cívica, ya que según consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes de fecha 24/8/00, por escándalo, insultos y amenazas y de 6/2/01 por alzamiento de bienes sin que la interesada haya aportado prueba alguna a su favor en trámite de audiencia dado al efecto».

La solicitante interpuso contra esa resolución recurso de reposición, que fue desestimado por nueva resolución de 3 de noviembre de 2005, donde, tras exponerse unas consideraciones generales sobre la materia examinada, se dijo lo siguiente acerca del concreto objeto del recurso:

La solicitante interpuso contra esa resolución recurso de reposición, que fue desestimado por nueva resolución de 3 de noviembre de 2005, donde, tras exponerse unas consideraciones generales sobre la materia examinada, se dijo lo siguiente acerca del concreto objeto del recurso:

«Por ello, en el caso presente, la mera alegación de la recurrente que sostiene su integración positiva en la vida social española no puede desvirtuar el motivo de denegación de la resolución impugnada pues, por una parte, estuvo imputada por un delito de alzamiento de bienes, respecto al cual no se ha realizado manifestación alguna ni ha probado que esos hechos no fueran ciertos; lo que unido a que, por otra parte, no existe distancia temporal suficiente entre las diligencias de 6 de febrero de 2001 y su solicitud de nacionalidad, se estima que de momento no está suficientemente acreditado el requisito de la buena conducta cívica».

«Partiendo de lo expresado en los fundamentos jurídicos precedentes y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, debemos concluir que la recurrente ha cumplimentado el requisito de la buena conducta cívica a los efectos del reconocimiento de la nacionalidad española.

En efecto, es cierto que la recurrente fue denunciada por amenazas e injurias a una vecina, denuncia que llevó consigo la incoación y tramitación del juicio de faltas número 294/2000, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Sagunto, pero las referidas diligencias penales concluyeron con sentencia absolutoria fechada el 24 de noviembre de 2000; y según los hechos probados de la indicada sentencia absolutoria, el juicio de faltas al que nos venimos refiriendo tuvo su origen en un mero intercambio de palabras por las malas relaciones de vecindad entre la recurrente y la denunciante.

En cuanto a las diligencias penales seguidas contra la recurrente por un presunto delito de alzamiento de bienes ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Quart de Poblet, del testimonio de las referidas actuaciones unido a este procedimiento judicial parece deducirse la absoluta desconexión de la recurrente de los hechos que motivaron las tan citadas diligencias penales, seguidas contra la recurrente, según parece, por una confusión de identidades o la utilización fraudulenta de los datos de su tarjeta de crédito.

Por otro lado, al margen de los procedimientos penales seguidos contra la recurrente, de los que no puede inferirse, en cualquier caso, su mala conducta cívica, en el supuesto enjuiciado concurren otros elementos positivos que indican la integración de la recurrente en la sociedad española y el mantenimiento de una conducta cívica acorde con el estándar medio de nuestra sociedad.

En efecto, según la documentación incorporada al expediente administrativo la recurrente viene residiendo legalmente en España desde el año 1991; se encuentra casada y tiene tres hijos; no tiene antecedentes penales en su país de origen ni en España; presenta un amplio historial laboral, habiendo cotizado durante más de 1.400 días a la Seguridad Social; y sus vecinos la consideran "buena vecina" y "perfectamente integrada en la vida del barrio, sin que nunca haya dado ningún problema", "desplegando... una excelente conducta cívica" (…)

Además, según el informe de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Sagunto, incorporado a estas actuaciones judiciales en fase probatoria la recurrente "no ha presentado problemas de conducta cívica ni de integración, no constando en los documentos de Servicios Sociales ningún tipo de queja referente a su convivencia en el barrio", siendo su actitud ante los Servicios Sociales "de colaboración y participación ante las medidas planteadas".

Finalmente, tanto el Ministerio Fiscal como el Juez Encargado del Registro Civil informaron favorablemente la concesión de la nacionalidad española a la recurrente.

Consideramos por todo ello que la recurrente ha acreditado una conducta cívica suficientemente buena a los efectos del reconocimiento de la nacionalidad española».

Nacionalidad española: Residencia. Nacional del Líbano. Denegación por razones de orden público o de interés nacional. Es necesario que el interesado justifique buena conducta cívica. La propia Administración instructora del expediente consideró justificado este requisito de la buena conducta cívica, y nada se le opuso al solicitante desde esta perspectiva en la resolución denegatoria de la nacionalidad. No ha lugar.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **9 de mayo de 2011**
Recurso de Casación: **2613/2008**
Ponente: **D. Octavio Juan Herrero Pina**
Voz: **Nacionalidad española: inexistencia de razones de orden público o interés nacional que amparen la denegación**

Formulada solicitud de reconocimiento de la nacionalidad española por don Teodoro, nacional del Líbano, le fue denegada por resolución del Ministerio de Justicia de 12 de julio de 2004, atendiendo a razones de orden público o de interés nacional, a la vista de lo indicado en un informe clasificado al amparo del artículo 2 de la Ley de Secretos Oficiales del Estado de 1978, y «teniendo en cuenta las razones de orden público y de interés nacional que concurren en este caso, en atención al círculo de relaciones y actividades del peticionario».

A su vez, la resolución posterior de 25 de abril de 2005, desestimatoria del recurso de reposición promovido contra aquel primer Acuerdo, señala, en relación con el caso examinado, que: «En el supuesto analizado, la constancia de un informe contrario a la concesión de la nacionalidad, emitido por el Ministerio de Defensa a través del Centro Nacional de Inteligencia cuyo contenido fue clasificado como "secreto" (Cfr. artículo 8.a) de la Ley 47/1978, de 7 de octubre de Secretos Oficiales del Estado, en relación con el artículo 37.5 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), llevó a esta Dirección General a la denegación de la solicitud por concurrir en el interesado los presupuestos de hecho previstos en el artículo 21.2 del Código Civil. Por ello, ante estos antecedentes, no pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas en el recurso, dirigidas a acreditar que el interesado reúne todos los requisitos exigidos para la adquisición de la nacionalidad, toda vez que el citado informe oficial revela que el círculo de relaciones y actividades del solicitante inciden negativamente en los intereses nacionales cuestionando, asimismo el orden público que el Gobierno y las Administraciones Públicas deben tutelar».

(…)

En efecto, de la documentación incorporada al expediente administrativo se desprende que el recurrente viene residiendo legalmente en España desde el año 1985; es Médico Especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica, desempeñando su actividad profesional retribuida en el ámbito de la referida especialidad; está casado con ciudadana española; carece de antecedentes penales en España, y en su país de origen, Líbano; y no ha mantenido mala conducta cívica, según informes policiales, durante su permanencia en España.

El único motivo por el que se deniega la nacionalidad española al recurrente es un informe reservado del Centro Nacional de Inteligencia, fechado el 29 de octubre de 1997, del que la Administración concluye que, en atención al círculo de relaciones y actividades del recurrente, concurren razones de orden público e interés nacional que justifican la denegación de la nacionalidad española.

Pues bien, esta Sala ha intentado que el Centro Nacional de Inteligencia explique el círculo de relaciones o actividades del recurrente que podrían afectar al orden público o al interés nacional, solicitando como diligencia final un

informe sobre el particular, sin que el referido Centro haya aportado información adicional alguna a la remitida en su día a la Administración.

Consecuentemente, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo expresada en el fundamento de derecho anterior, no constando a esta Sala las razones de orden público e interés nacional que justifican la denegación de la nacionalidad española al recurrente, y no cuestionando la Administración el cumplimiento por el recurrente el resto de los requisitos necesarios para el reconocimiento de la nacionalidad española, procede la estimación del presente recurso, la anulación de la resolución recurrida y el reconocimiento al recurrente de nuestra nacionalidad.

Nacionalidad española: residencia. Nacional de Portugal. Denegación por no haber justificado suficientemente buena conducta cívica. Antecedentes por amenazas y malos tratos en el ámbito familiar y condena por estos hechos. Graves amenazas a su pareja. Violencia de género. Su condena penal por falta fue un hecho aislado en una larga trayectoria de buena conducta en España. No ha lugar.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **30 de mayo de 2011**
Recurso de Casación: **3409/2008**
Ponente: **D. Octavio Juan Herrero Pina**
Voz: **Concesión de nacionalidad española: condena por malos tratos**

Formulada solicitud de reconocimiento de la nacionalidad española por Don José Ángel, nacional de Portugal, le fue denegada por resolución del Ministerio de Justicia de 25 de agosto de 2005, basándose dicha resolución en que aún cuando el solicitante llevaba el tiempo exigido de residencia legal en España y había justificado una integración suficiente en la sociedad española, «no ha justificado suficiente buena conducta cívica, ya que según consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes de fecha: 31-5-1995 por amenazas y malos tratos en el ámbito familiar y según manifestaciones del propio interesado fue condenado por estos hechos».

El solicitante interpuso contra esa resolución recurso de reposición, que fue desestimado por nueva resolución de 22 de diciembre de 2005, donde, tras exponerse unas consideraciones generales sobre la materia examinada, se dijo lo siguiente acerca del concreto objeto del recurso:

«Por ello, en el caso presente, la mera alegación del recurrente que sostiene su integración positiva en la vida social española no puede desvirtuar el motivo de denegación de la resolución impugnada pues, sin perjuicio del resultado penal de las denuncias interpuestas por su esposa, ha quedado probado que a lo largo de su trayectoria personal existieron hechos de especial relevancia que, por su gravedad, no pueden dejar de valorarse en esta resolución, al trascender de la esfera estrictamente familiar y privada para centrarse en un aspecto social relevante: el menoscabo de la dignidad e integridad física de la mujer en la relación de pareja. Como quiera que se declararon probadas las graves amenazas a su pareja y además fue condenado en la sentencia de 31 de mayo de 2005 dictada en el juicio de faltas 271/1995 por malos tratos físicos, no puede entenderse acreditada la buena conducta cívica del recurrente».

(...)

En efecto, es cierto que el recurrente fue condenado por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Vigo en el Juicio de Faltas 271/1995 por malos tratos a su pareja y amenazas a un tercero, y que los hechos que determinaron la condena penal del recurrente fueron especialmente graves, ya que se produjeron en ámbito de la violencia

de género, objeto de una especial reprobación social, que este Tribunal comparte, por afectar a la integridad y dignidad de la mujer.

Ahora bien, no podemos desconocer que los hechos que determinaron la condena penal del recurrente ocurrieron el 31 de mayo de 1995, es decir, casi diez años antes de que solicitara la nacionalidad española y más de diez años antes de que la Administración dictara la resolución denegando la nacionalidad; que después de aquellos hechos no consta ninguna otra denuncia contra el recurrente, quien ha continuado viviendo con su pareja teniendo en la actualidad tres hijos; y que la propia pareja se ha mostrado conforme con la concesión de la nacionalidad española al recurrente. Además, el recurrente lleva residiendo legalmente en España desde 1996, sin que en tan dilatado periodo de tiempo se haya visto incurso en ningún otro antecedente policial o judicial, por lo que puede razonablemente concluirse que su condena penal por falta fue un hecho aislado en una larga trayectoria de buena conducta en España.

(...)

Por otro lado, frente a la condena del recurrente constan en el expediente administrativo y en las actuaciones judiciales otros elementos indicadores de su buena conducta.

En este sentido, el recurrente ha venido trabajando en nuestro país de manera estable; según certificación del Alcalde de su localidad, acompañada a la demanda, su comportamiento familiar, laboral y cívico ha resultado intachable, sin que se le conozca ninguna conducta objeto de reprobación; según certificación del Párroco de su localidad, acompañada con la demanda, ha mantenido una buena conducta moral, cívica y familiar; según certificación del Presidente del Centro para el Desarrollo de la Comarca Natural Oscas-Eo, unida a las actuaciones en fase probatoria, ha demostrado un buen comportamiento en la realización de su trabajo, manteniendo un buen trato con los restantes alumnos trabajadores; y según testifical de sus vecinos, practicada en fase probatoria, vive con su esposa e hijos, manteniendo una estrecha vida familiar.

Finalmente, tanto el Ministerio Fiscal como el Juez Encargado del Registro Civil informaron favorablemente la concesión de la nacionalidad española al recurrente.

Consideramos por todo ello que en el supuesto enjuiciado el recurrente ha acreditado una conducta cívica a los efectos de la adquisición del reconocimiento de la nacionalidad española, ya que su condena por falta de malos tratos constituyó un hecho aislado y muy lejano a la solicitud de nacionalidad en una larga trayectoria de buena conducta cívica, contando a su favor otros elementos indicadores del mantenimiento de una conducta cívica acorde con el estándar medio exigible en nuestra sociedad.

Nacionalidad española por residencia: solicitante senegalesa que contrajo matrimonio en su país en régimen de poligamia. Arraigo: acreditación. Integración: falta de actitud positiva de armonización y acomodación a los principios y valores sociales españoles; el hecho de que en la práctica el matrimonio permanezca monógamo no hace que el mismo se adecue a la legalidad, ya que no se ha renunciado al régimen de poligamia.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **13 de junio de 2011**
Recurso de Casación: **3902/2008**
Ponente: **D. Octavio Juan Herrero Pina**
Voz: **Denegación de nacionalidad española: poligamia**

La resolución administrativa denegatoria de la nacionalidad española se fundamentó en la siguiente razón: «No ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española,

artículo 22.4 del Código Civil, al comprobarse que opta por la poligamia. La integración en cualquier sociedad exige la aceptación y seguimiento de sus principios sociales básicos, especialmente aquellos recogidos en disposiciones legales que disciplinan los presupuestos esenciales de la convivencia entre ciudadanos».

Y la sentencia ahora recurrida en casación contiene la siguiente fundamentación jurídica (que transcribimos a continuación en cuanto interesa a los efectos del presente recurso de casación): «Como hemos expresado en los antecedentes de hecho de esta sentencia, la resolución recurrida deniega nuestra nacionalidad a la recurrente por no haber justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, al resultar de los datos obrantes en el expediente administrativo que "opta por la poligamia", siendo exigible para la integración en cualquier sociedad la aceptación y seguimiento de sus principios sociales básicos, especialmente aquellos recogidos en disposiciones legales que disciplinan los presupuestos esenciales de la convivencia entre ciudadanos».

(…)

En efecto, de la documentación incorporada al expediente administrativo se desprende que la recurrente viene residiendo legalmente en España desde el año 1995, contando en la actualidad con un permiso de residencia permanente; carece de antecedentes penales en su país de origen y en España; y desarrolla una actividad laboral por cuenta ajena con contrato indefinido, siendo propietaria de la vivienda en la que habita. Además, en el acta de audiencia personal ante el Juez Encargado del Registro Civil la Autoridad judicial concluyó que la recurrente hablaba correctamente el castellano, informando favorablemente la concesión de la nacionalidad.

Es cierto que la recurrente se casó en su país de origen, Senegal, en régimen de poligamia, pero con independencia del régimen formal al que se sujetara el matrimonio de la recurrente, durante su permanencia en España ha mantenido una situación matrimonial conforme al estándar medio de nuestro país, conviviendo en régimen de monogamia con su marido y habiendo tenido dos hijos de nacionalidad española, lo que denota su integración en nuestra sociedad. Por otro lado, en la comparecencia ante el Juez Encargado del Registro Civil la recurrente manifestó que se había casado en régimen de poligamia porque resultaba obligatorio en su país, pero que estaba dispuesta a constituir un matrimonio monogámico.

Por las expresadas razones, aunque no sería admisible y acorde con la integración en la sociedad española la mera tolerancia por la esposa de una situación efectiva de poligamia, la aceptación formal del referido régimen al tiempo de contraer matrimonio en el país de origen, muy probablemente condicionada por presiones familiares, religiosas o sociales, no puede obstar el reconocimiento de la integración efectiva en la sociedad española, siempre que por el tiempo transcurrido y las demás circunstancias concurrentes, puede llegarse a la conclusión de que durante la residencia en España se ha consolidado efectivamente el matrimonio en régimen de monogamia, y no se acepta la poligamia como régimen matrimonial, presupuestos concurrentes en el supuesto enjuiciado.

(...)

Esta Sala en sentencias de 14 de julio de 2004, 19 de junio de 2008 y 14 de julio de 2009: que la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha

acreditado un «suficiente grado de integración en la sociedad española».

Tal situación no puede obviarse por la sola circunstancia de que el matrimonio de la solicitante de hecho permanezca monógamo durante el tiempo que viene residiendo en España, pues también es un hecho que la misma sigue manteniendo legalmente el régimen de poligamia sin que haya llevado a cabo actuación alguna para adecuar su régimen a la normativa española que refleja los valores de nuestra sociedad al respecto. En otras palabras, las intenciones de la recurrente a las que se refiere la sentencia recurrida no han impedido que la misma, libre ya de los posibles obstáculos que pudiera haber tenido en su país de origen, mantenga su régimen de matrimonio y no han tenido reflejo en la adecuación del mismo a la legalidad española, de manera que el hecho de que no se hayan transgredido durante su residencia en España las normas por las que se rige nuestra sociedad no puede convertirse, sin más, en un elemento de integración que, por su propia naturaleza, supone una actitud positiva de armonización y acomodación a los principios y valores sociales españoles, como se ha indicado antes, que en este caso no ha tenido lugar.

Nacionalidad española: solicitud de adquisición por residencia; solicitante iraní. Requisito de residencia legal continuada: cumplimiento; existe una resolución administrativa que concede una modalidad de permiso de residencia que suponía lógica y jurídicamente la continuidad de la residencia temporal en el periodo objeto de controversia.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **27 de junio de 2011**
Recurso de Casación: **4486/2008**
Ponente: **D. Octavio Juan Herrero Pina**
Voz: **Solicitud de nacionalidad española: grado de continuidad en la residencia en los cinco años anteriores a la solicitud. Permiso permanente**

Formulada solicitud de reconocimiento de la nacionalidad española por D. Constantino, de nacionalidad iraní, le fue denegada por resolución del Ministerio de Justicia de 26 de octubre de 2006, al considerar que «el tiempo de residencia legal de 10 años no se ha cumplido con continuidad en el tiempo inmediatamente anterior a la petición (artículo 22.3 del Código Civil), ya que según consta en la documentación que obra en el expediente el interesado no ha estado documentado con autorización de residencia desde el 19 de enero de 2001 hasta el 28 de mayo de 2002».

Contra esta resolución interpuso el solicitante recurso contencioso administrativo, que fue estimado por sentencia de 3 de junio de 2008, en la que se razona el fallo en los siguientes términos:

«El recurrente, de nacionalidad iraní, solicita que se anule la resolución recurrida y se declare su derecho a adquirir la nacionalidad española.

En defensa de su pretensión alega que presentó su solicitud en el Registro Civil de Madrid el 3 de marzo de 2005, acompañando la documentación necesaria, que justificada su residencia en España desde 1981 y, en todo caso, desde 1991; la resolución se basa en un error pues una de sus tarjetas de residencia vencía el 19 de enero de 2001 y, antes de esa fecha solicitó la renovación, pero perdieron el expediente y le dijeron que presentara otra solicitud, que fue estimada el 28 de mayo de 2002; considera infringido el art. 22 del Código Civil y entiende que reúne todos los requisitos para que le sea concedida la nacionalidad. [...] La representación de la Administración demandada, por su parte, opone que no tuvo residencia legal entre el 20 de

enero de 2001 y el 28 de mayo de 2002, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la Resolución impugnada. [...] El art. 21.2. del Código Civil contempla la posibilidad de conceder la nacionalidad española por residencia en las condiciones señaladas en el art. 22, cuyo párrafo primero establece en diez años la duración de la residencia con carácter general y otros plazos más reducidos en los supuestos que menciona, que aquí no son de aplicación; en todo caso se exige que la residencia haya sido legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición (art. 22.3 Cc); el requisito de la residencia se acreditará, de ser posible, por información del Gobierno Civil o de la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, según el art. 221 párrafo 4.º del Reglamento de la Ley del Registro Civil.

De los datos que figuran en el expediente aparece que el demandante presentó su solicitud de nacionalidad en el Registro Civil de Madrid el 3 de marzo de 2005 y, tras la tramitación correspondiente, le fue denegada por no llevar diez años de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a su solicitud; del informe de la Dirección General de la Policía obrante en el expediente se deduce que el demandante, tras una primera etapa iniciada en 1981, una solicitud de asilo y refugio denegada en 1987, obtiene ya en 1991 permisos de residencia continuados hasta el 19 de enero de 2001, sin que figure una nueva solicitud hasta el 28 de mayo de 2002, concedida el 2 de septiembre de 2003, con validez indefinida; este lapso de tiempo es en el que se basa la Administración para entender que no existió continuidad en el plazo de diez años de residencia legal exigido y, frente a ello el demandante opone que el 17 de enero de 2001 presentó una solicitud, que fue extraviada; sin embargo, consta otro certificado de la dirección General de la Policía (Folios 39 y 40 del expediente) en el que se admite que presentó una solicitud de permiso de trabajo y residencia el 17 de enero de 2001 «por otros registros», el cual fue denegado el 20 de marzo de 2002, lo que viene a explicar la nueva solicitud de mayo de 2002.

(...)

«[...] Razones similares a las acabadas de exponer conducen igualmente a la estimación del presente recurso, ya que la confusión que pueda existir respecto de los permisos de que ha disfrutado durante su estancia en España no puede perjudicar al peticionario, que no parece haber contribuido a su producción; por el contrario, resulta que se encuentra en España desde 1981 y desde ese año ha acudido a las autoridades españolas para obtener el título que amparase legalmente su estancia en nuestro país; desde 1991, con continuidad, ha ido renovando sus permisos y, respecto del lapso temporal considerado en la resolución, resulta que desde el 17 de enero de 2001, al menos estaba cubierto por la solicitud de renovación, aunque ésta fuera denegada el 20 de marzo de 2002, por lo que ya no sería más de un año de interrupción sino dos meses pues en mayo de 2002 presentó una nueva solicitud que fue objeto del permiso indefinido de residencia concedido el 2 de septiembre de 2003, permiso este último que supone la continuidad en la residencia temporal en al menos los cinco años anteriores, como resulta de la legislación de extranjería mencionada en la sentencia de esta Sala antes citada, y en la que la ha sustituido. Así, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el art. 32.2 dispone que «tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada», mencionando, a continuación los casos en que se considera que la residencia ha sido continuada; por su parte el Reglamento que desarrolla la ley, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre, establece en su art. 72.1 que «Tendrán derecho a obtener una autorización permanente los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años», sin que la continuidad quede afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses, siempre que, sumadas, no superen un año dentro de los cinco a considerar; para la concesión de este permiso, la Administración ha de recabar de oficio los antecedentes penales y los informes que estime pertinentes sobre el solicitante (art. 73.3 del Reglamento), de modo que cuando la propia Administración estima que existió un grado de continuidad en la residencia en los cinco años anteriores a la solicitud (28 de mayo de 2002) que determinó la concesión del permiso permanente, no puede posteriormente,

y con base en los mismos datos, concluir en que existió una ruptura en esa continuidad de modo que no cumple el requisito establecido en el art. 22 del Código Civil».

RÉGIMEN COMUNITARIO

Seguridad social de los trabajadores migrantes: se suprime el derecho a la prestación complementaria a la pensión de invalidez concedida con arreglo a la normativa nacional respecto de los antiguos trabajadores migrantes turcos, toda vez que han regresado a Turquía tras haber perdido su derecho de residencia en el Estado de acogida por haber sido declarados en situación de invalidez en él.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**
Fecha: **26 de mayo de 2011**
Cuestión Prejudicial: **C-485/07**
Ponente: **Sr. Kasel**
Voz: **Trabajadores migrantes: supresión de un complemento a la pensión de invalidez**

Se desprende de la resolución de remisión que los recurridos en el litigio principal son nacionales turcos que ejercieron actividades asalariadas en los Países Bajos durante un determinado período.

Al haber sido declarados en situación de incapacidad permanente, solicitaron y obtuvieron antes de 2000 el derecho a una prestación con arreglo a la WAO abonada por el Estado neerlandés.

Dado que el importe de dicha prestación era inferior al salario mínimo, los recurridos en el litigio principal obtuvieron también, en virtud de la TW en su redacción en vigor antes de 2000, el pago de la prestación complementaria, que estaba destinada a garantizarles unos ingresos cuyo nivel fuera el más próximo posible al del salario mínimo.

Debido a su incapacidad física para continuar trabajando, los recurridos en el litigio principal retornaron posteriormente a Turquía para residir con sus familias, conservando el derecho a dichas prestaciones con arreglo al artículo 39, apartado 4, del Protocolo Adicional. El pago se efectuaba siempre mediante un pago único, que no establecía distinción entre el importe de la pensión de invalidez y el de la prestación complementaria.

Tras la modificación de la TW por la BEU, que entró en vigor el 1 de enero de 2000, las autoridades neerlandesas competentes decidieron, en virtud del régimen transitorio al que se refiere el apartado 38 de la presente sentencia, la supresión progresiva, a razón de un tercio por año desde el 1 de enero de 2001, de la prestación complementaria que les venía siendo abonada hasta aquel momento.

Los recurridos en el litigio principal interpusieron recursos contra esta supresión progresiva.

Mediante resolución de 14 de marzo de 2003, el Centrale Raad van Beroep consideró que la supresión incumplía la obligación según la cual debe permitirse la exportación de las prestaciones, recogida en el artículo 5, apartado 1, del Convenio número 118, relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social, adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1964 por la Organización Internacional del Trabajo (en lo sucesivo, «Convenio número 118 de la OIT»).

En consecuencia, el 18 de agosto de 2003 la Uwv decidió conceder a los recurridos en el litigio principal una prestación complementaria completa por el período comprendido entre el 1 de enero de 2001 y el 30 de junio de 2003.

En cambio, desde el 1 de julio de 2003 se suprimió definitivamente el pago de dicha prestación.

Los recursos administrativos presentados por los recurridos en el litigio principal contra las resoluciones de supresión fueron desestimados.

Mediante sentencias de 19 de marzo de 2004 y de 23 de agosto de 2004, el Rechtbank te Amsterdam declaró fundados los recursos interpuestos por los recurridos en el litigio principal y anuló estas resoluciones, al considerar que la supresión de la prestación complementaria a la que tenían derecho no sólo era incompatible con el artículo 5, apartado 1, del Convenio número 118 de la OIT, sino también con el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión n.º 3/80 y con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad establecido en el artículo 14 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), leído en combinación con el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en París el 20 de marzo de 1952 (en lo sucesivo, «Primer Protocolo Adicional») y con el artículo 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de Naciones Unidas y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

Posteriormente, la Uwv interpuso un recurso de apelación contra estas sentencias ante el Centrale Raad van Beroep.

Tras señalar, como el Rechtbank te Amsterdam, y a falta de oposición de las partes en el litigio pendiente ante él, que la prestación complementaria abonada en virtud de la WAO, cuya concesión no depende de una apreciación individualizada de las necesidades personales del solicitante, debe asimilarse a una prestación de invalidez, en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra b), de la Decisión n.º 3/80 y, de este modo, está incluida en el ámbito de aplicación material de ésta, sin embargo el Centrale Raad van Beroep se pregunta, por un lado, acerca del efecto directo y el alcance del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de esta Decisión, en la medida en que la prohibición de las cláusulas de residencia está enunciada en ella de manera incondicional, mientras que, con posterioridad a la fecha de adopción de dicha Decisión, el Reglamento n.º 1408/71 ha sido modificado en el sentido de que esta prohibición, sujeta a determinados requisitos, ya no se aplica a las prestaciones especiales de carácter no contributivo.

Por otro lado, el tribunal remitente alberga algunas dudas en cuanto a la interpretación del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en el marco de la asociación CEE-Turquía.

A este respecto, como ya declaró el Rechtbank te Amsterdam, la regla de igualdad de trato establecida en el artículo 3, apartado 1, de la Decisión n.º 3/80 no puede invocarse eficazmente en el caso de autos, en la medida en que esta disposición sólo se aplica a «las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros», mientras que los recurridos en el litigio principal residen ahora en Turquía. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el artículo 9 del Acuerdo de Asociación, que no incluye ninguna reserva similar.

Afirma que es pacífico entre las partes en el litigio principal que este último artículo tiene efecto directo.

Además, es jurisprudencia reiterada que prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles en razón de la nacionalidad, sino también cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado.

En el caso de autos, el Centrale Raad van Beroep señala la existencia de dos formas diferentes de distinción indirecta por razón de la nacionalidad que se desprenden del artículo 4 a de la TW, que deben apreciarse separadamente por lo que se refiere a su posible justificación.

En primer lugar, es verosímil que el número de beneficiarios que no son nacionales neerlandeses que ya no tienen derecho a la prestación complementaria con arreglo a la TW porque ya no residen en los Países Bajos, entre los cuales figura un grupo importante de nacionales turcos, será superior al de los beneficiarios de nacio-

nalidad neerlandesa, que muy frecuentemente continuarán residiendo en territorio neerlandés.

A este respecto, las justificaciones invocadas por el Reino de los Países Bajos para poner fin a la posibilidad de exportar la prestación complementaria abonada con arreglo a la TW son la supuesta existencia de problemas en los controles realizados a fin de comprobar la situación personal y patrimonial de los beneficiarios que no residen en los Países Bajos, la financiación de esta prestación por los presupuestos del Estado, el deseo del legislador nacional de regresar al objetivo principal de los sistemas de protección social, es decir, el abono de ayudas a los residentes, y la naturaleza particular de la TW, destinada a completar una prestación de seguridad social para alcanzar el umbral del salario mínimo en los Países Bajos.

En relación con las condiciones de control, el tribunal remitente pone de manifiesto la existencia de un convenio bilateral con la República de Turquía, que prevé la posibilidad de inspecciones en dicho Estado. Por tanto, el Centrale Raad van Beroep se pregunta si las demás razones, vinculadas en esencia a motivos de orden económico, pueden constituir una justificación suficiente de la diferencia de trato controvertida en el litigio del que conoce.

En segundo lugar, considera que existe una distinción indirecta por razón de la nacionalidad, en la medida en que la prestación complementaria abonada a los recurridos en el litigio principal fue suprimida totalmente desde el 1 de julio de 2003 porque los interesados residen en Turquía, mientras que la aplicación del régimen transitorio para la supresión progresiva de esta prestación abonada a los beneficiarios nacionales de un Estado de la Unión o de determinados Estados terceros, pero que residen en territorio de la Unión, no comenzó hasta 2007.

En este marco, afirma que la Uwv sostuvo que la distinción controvertida debe analizarse a la luz de los objetivos limitados del Acuerdo de Asociación, que consisten en realizar de manera gradual la libre circulación de los trabajadores turcos y en reforzar de manera continua y equilibrada las relaciones económicas entre los Estados miembros y Turquía. Por tanto, considera que no es posible conceder al artículo 9 del Acuerdo de Asociación el mismo alcance que el conferido al artículo 12 CE.

No obstante, el tribunal remitente alberga dudas de que dicho motivo constituya una justificación suficiente de la diferencia de trato constatada. Añade que, en el marco de la interpretación del artículo 9 del Acuerdo de Asociación, desea también obtener aclaraciones sobre los elementos pertinentes destinados a permitirle apreciar la conformidad de la normativa nacional controvertida con los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, como los consagrados por el CEDH y el Primer Protocolo Adicional.

Dadas estas circunstancias, el Centrale Raad van Beroep decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Contiene la disposición del artículo 6, apartado 1, de la Decisión n.º 3/80, a la vista de su tenor y del objetivo y la naturaleza de la Decisión n.º 3/80 y del Acuerdo de Asociación, una obligación clara y precisa cuya aplicación y efecto no requieren un acto posterior, de suerte que tal disposición se preste a una aplicación directa?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: a) ¿Deben tenerse en cuenta de algún modo, a la hora de aplicar el artículo 6, apartado 1, de la Decisión n.º 3/80, las modificaciones del Reglamento n.º 1408/71, como las introducidas después del 19 de septiembre de 1980 en relación con las prestaciones especiales, contributivas o no contributivas?

b) ¿Tiene este significado el artículo 59 del Protocolo Adicional del Acuerdo de Asociación?

3) ¿Debe interpretarse el artículo 9 del Acuerdo de Asociación en el sentido de que se opone a la aplicación de una normativa legal de un Estado miembro, como el artículo 4 a de la [TW] neerlandesa, que da lugar a una distinción indirecta por razón de la nacionalidad,

— en primer lugar porque de este modo más personas con una nacionalidad distinta de la neerlandesa, entre las cuales se halla un gran grupo de nacionales turcos, que personas de nacionalidad neerlandesa (ya) no tienen derecho a

una prestación suplementaria por no residir ya en los Países Bajos, y

— en segundo lugar porque desde el 1 de julio de 2003 se suprimieron las prestaciones suplementarias de los nacionales turcos que residen en Turquía, mientras que las prestaciones suplementarias de personas con la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea y de [Estados] terceros acaban por suprimirse (de forma gradual) el 1 de enero de 2007, siempre que permanezcan en el territorio de la Unión Europea?».

(…)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) El artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión n.º 3/80 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, relativa a la aplicación de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros de las Comunidades Europeas a los trabajadores turcos y a los miembros de sus familias, debe interpretarse en el sentido de que tiene efecto directo, de modo que los nacionales turcos a los cuales dicha Decisión es de aplicación tienen derecho a invocarla directamente ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para impedir la aplicación de las normas de Derecho interno que se opongan a ésta.

2) El artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión n.º 3/80 debe interpretarse en el sentido que, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, se opone a una norma de un Estado miembro que, como el artículo 4 a de la Toeslagenwet (Ley sobre prestaciones suplementarias), de 6 de noviembre de 1986, suprime el derecho a una prestación como la prestación complementaria a la pensión de invalidez concedida con arreglo a la normativa nacional respecto de los antiguos trabajadores migrantes turcos, toda vez que han regresado a Turquía tras haber perdido su derecho de residencia en el Estado de acogida por haber sido declarados en situación de invalidez en él.

3) El artículo 9 del Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, firmado en Ankara, el 12 de septiembre de 1963, por la República de Turquía, por una parte, y los Estados miembros de la CEE y la Comunidad, por otra, y concluido, aprobado y confirmado en nombre de ésta mediante la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963, no es de aplicación a una situación como la controvertida en el litigio principal.

Libre circulación de trabajadores: pensión de jubilación. Convenio de seguridad social celebrado entre dos Estados miembros antes de su adhesión a la Unión Europea. Complemento de prestación otorgado únicamente a los nacionales de un Estado miembro.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**
Fecha: **22 de junio de 2011**
Cuestión Prejudicial: **C-399/09**
Ponente: **Sr. Schiemann**
Voz: **Libre circulación de trabajadores. Complemento de pensión de jubilación**

La Sra. Landtová, de nacionalidad checa y residente en el territorio de la República Checa, trabajó en el territorio de la República Federal Checa y Eslovaca desde el año 1964 hasta el 31 de diciembre de 1992. Tras la escisión de este último Estado, trabajó en el territorio de la República Eslovaca hasta el 31 de agosto de 1993 y posteriormente, a partir del 1 de septiembre de 1993, en el territorio de la República Checa.

El 20 de junio de 2006, el Instituto Checo de Seguridad Social concedió a la Sra. Landtová una pensión de jubilación parcial (en lo sucesivo, «prestación de vejez»), con efectos a partir del 31 de marzo de 2006.

El Instituto Checo de Seguridad Social determinó el importe de la prestación con arreglo al artículo 20 del Acuerdo y estimó que el período de seguro cubierto por la Sra. Landtová hasta el 31 de diciembre de 1992 debía computarse con arreglo al régimen de seguridad social eslovaco, puesto que su empleador tenía su sede en el territorio de la República Eslovaca.

El 14 de agosto de 2006, la Sra. Landtová impugnó ante el Mìstský soud v Praze (Tribunal de la Ciudad de Praga) el importe de la prestación de vejez que se le había concedido, alegando que el Instituto Checo de Seguridad Social no había tenido en cuenta la totalidad de los períodos de seguro cubiertos por ella.

El 23 de mayo de 2007, el Mìstský soud v Praze anuló la decisión del Instituto Checo de Seguridad Social en aplicación de la resolución del Ústavní soud, según la cual, cuando un nacional checo cumple los requisitos legales para percibir una prestación de vejez y la legislación nacional le da derecho a una prestación de un importe superior al calculado con arreglo al Acuerdo, el Instituto Checo de Seguridad Social está obligado a garantizarle la percepción de un importe equivalente al importe más elevado. Por consiguiente, el Mìstský soud v Praze concluyó que procedía ajustar el importe de la prestación de vejez abonada a la Sra. Landtová por el Instituto Checo de Seguridad Social hasta que alcanzara el importe que la demandante en el litigio principal habría podido exigir si hubiera cumplido la totalidad del período de seguro anterior al 31 de diciembre de 1992 bajo el régimen de seguridad social de la República Checa.

El Instituto Checo de Seguridad Social recurrió en casación ante el Nejvyšší správní soud (Tribunal Administrativo Supremo).

El 16 de enero de 2008, el Nejvyšší správní soud casó la sentencia dictada por el Mìstský soud v Praze y le devolvió el asunto para que lo reexaminara. El Nejvyšší správní soud mantenía ciertas dudas sobre la compatibilidad entre, por una parte, la resolución del Ústavní soud y el trato preferente que en ella se aplicaba a los nacionales checos y, por otra parte, el principio de igualdad de trato formulado en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71.

El Mìstský soud v Praze mantuvo su posición y estimó, basándose en la mencionada resolución del Ústavní soud, que el Instituto Checo de Seguridad Social debía ajustar el importe de la prestación de vejez concedida a la demandante en el litigio principal hasta que igualara el que ésta habría podido percibir si hubiera estado íntegramente afiliada al régimen de seguridad social checo.

El Instituto Checo de Seguridad Social recurrió de nuevo en casación ante el Nejvyšší správní soud, alegando que la obligación de ajustar las prestaciones de vejez únicamente en lo que respecta a las personas de nacionalidad checa residentes en el territorio de la República Checa y cuyo período de seguro cubierto en la época de la República Federal Checa y Eslovaca se computase con arreglo al artículo 20 del Acuerdo constituía una violación del principio de igualdad de trato formulado en el artículo 3 del Reglamento n.º 1408/71. Además, a su juicio, tal obligación implicaba igualmente tomar en consideración los períodos de seguro eslovacos a efectos de aumentar el importe de la prestación de vejez checa, en contra de la prohibición formulada en el artículo 12 del Reglamento n.º 1408/71, que impide el doble cómputo de un mismo período de seguro.

Según el Nejvyšší správní soud, la resolución del Ústavní soud obliga al Instituto Checo de Seguridad Social a tomar en consideración los períodos de seguro cubiertos por el solicitante de la prestación bajo el régimen de seguridad social de la República Federal Checa y Eslovaca, a pesar de la competencia atribuida al respecto al organismo de seguridad social eslovaco por el artículo 20 del Acuerdo. A su juicio, este modo de actuar puede, no sólo acarrear una modificación del criterio utilizado para determinar el Estado competente para el cómputo de los períodos de seguro de que se trata, sino también dar lugar a un doble cómputo de un solo y mismo período de seguro.

Aunque el órgano jurisdiccional remitente no niega que la Sra. Landtová cumple todos los requisitos exigidos para el ajuste del importe de su prestación de vejez, estima sin embargo contrario al artículo 12 CE y al artículo 3 del Reglamento n.º 1408/71 el requisito de nacionalidad

checa, que por su propia naturaleza perjudica a los nacionales de otros Estados miembros que cumplan los demás requisitos necesarios para percibir la prestación de que se trata. En su opinión, también plantea dudas la cuestión de la compatibilidad del requisito de residencia con el artículo 10, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71.

En este contexto, el Nejvyšší správní soud decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el punto 6 de la Parte A del anexo III, en relación con el artículo 7, apartado 2, letra c), del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 [...], con arreglo al cual el criterio para determinar el Estado sucesor competente para computar el período de seguro cumplido por las personas empleadas hasta el 31 de diciembre de 1992 en el sistema de seguridad social de la antigua República Federal Checa y Eslovaca ha de seguir siendo aplicable, en el sentido de que excluye la aplicación de una norma de Derecho nacional en virtud de la cual un organismo de seguridad social checo debe computar íntegramente, en lo que respecta al derecho a una prestación y a la determinación de su cuantía, el período de seguro cumplido en el territorio de la antigua República Federal Checa y Eslovaca hasta el 31 de diciembre de 1992, aunque, con arreglo al criterio indicado, sea un organismo de seguridad social de la República Eslovaca el que es competente para computarlo?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 12 [CE], en relación con los artículos 3, apartado 1, 10 y 46 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 [...], en el sentido de que se opone a que el período de seguro cubierto en el sistema de seguridad social de la antigua República Federal Checa y Eslovaca hasta el 31 de diciembre de 1992, que ya ha sido computado una vez en la misma medida a efectos de las prestaciones del sistema de la seguridad social de la República Eslovaca, sea, en virtud de la norma nacional indicada, computado íntegramente, en lo que respecta al derecho a una prestación de vejez y a la determinación de su cuantía, sólo con respecto a los nacionales de la República Checa residentes en su territorio?».

(…)

1) Las disposiciones de la parte A, punto 6, del anexo III, del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, tal como fue modificado por el Reglamento (CE) n.º 629/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, puestas en relación con el artículo 7, apartado 2, letra c), de dicho Reglamento, no se oponen a una norma nacional que, como la controvertida en el litigio principal, obliga a abonar un complemento de prestación de vejez cuando el importe de esta última, otorgado con arreglo al artículo 20 del Acuerdo bilateral entre la República Checa y la República Eslovaca, celebrado el 29 de octubre de 1992, como parte de las medidas destinadas a regular la situación resultante de la escisión de la República Federal Checa y Eslovaca a 31 de diciembre de 1992, sea inferior al que se habría percibido si la pensión de jubilación se hubiera calculado aplicando las normas jurídicas de la República Checa.

2) Las disposiciones del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, tal como fue modificado por el Reglamento n.º 629/2006, puestas en relación con las del artículo 10 de dicho Reglamento, se oponen a una norma nacional que, como la controvertida en el litigio principal, únicamente permite abonar un complemento de prestación de vejez a las personas de nacionalidad checa residentes en el territorio de la República Checa, sin que de ello se derive como consecuencia necesaria, con arreglo al Derecho de la Unión, que deba privarse de dicho complemento a una persona que cumpla estos dos requisitos.

Permiso de residencia y permiso de trabajo: alcance de los permisos según la normativa del Estado miembro de acogida que los ha expedido. Acceso a profesiones reguladas: alcance del principio de no discriminación del Acuerdo de Asociación con la República de Bulgaria; no se extiende a normas nacionales relativas al acceso a la profesión regulada de abogado ni, por tanto, a la existencia de un requisito vinculado a la nacionalidad sin el cual no puede realizarse la inscripción en la lista de abogados en prácticas ni obtener un título habilitante.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**
Fecha: **7 de julio de 2011**
Cuestión Prejudicial: **C-101/10**
Ponente: **Sr. Larsen**
Voz: **Permiso de residencia austriaco. Acceso a la profesión de abogado: principio de no discriminación. Contratación de abogados en prácticas**

El Sr. Pavlov finalizó sus estudios de Derecho en Viena en 2002. Desde 2004, trabaja como empleado por cuenta ajena en el bufete del Sr. Famira, abogado de Viena. El Sr. Pavlov es titular de un permiso de residencia austriaco y de un permiso de establecimiento, con arreglo al Derecho austriaco, que le permite acceder a una profesión y ejercerla en el territorio nacional. El Sr. Famira es titular de un permiso, expedido por los servicios de empleo, que le autorizaba a contratar al Sr. Pavlov como abogado en prácticas asalariado por el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2004.

El 2 de enero de 2004, los Sres. Famira y Pavlov solicitaron la inscripción del Sr. Pavlov en la lista de abogados en prácticas. Al mismo tiempo, solicitaron la expedición de un «kleine Legitimationsurkunde» con arreglo al artículo 15, apartado 3, de la RAO. Mediante resolución de 6 de abril de 2004, la Sección Segunda del Ausschuss der Rechtsanwaltskammer Wien desestimó la solicitud porque el Sr. Pavlov no cumplía el requisito de nacionalidad establecido en el artículo 30, apartados 1 y 5, de la RAO. El recurso administrativo interpuesto contra esta resolución fue desestimado el 15 de junio de 2004 por el pleno de la Ausschuss.

Mediante resolución de 1 de agosto de 2006, la Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission desestimó el recurso administrativo de los Sres. Pavlov y Famira contra la resolución de 15 de junio de 2004, al considerar que, dado que la profesión de abogado es una profesión regulada, su regulación surte efectos también por lo que respecta a los abogados en prácticas. Declaró que, con arreglo al Acuerdo de Asociación con la República de Bulgaria, únicamente están prohibidas las discriminaciones relativas a las condiciones de trabajo, pero que, por lo que se refiere al acceso a las profesiones reguladas, los Estados que concluyeron dicho Acuerdo conservan la posibilidad de establecer limitaciones.

El 8 de octubre de 2007, el Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) anuló la resolución de 1 de agosto de 2006 y devolvió el asunto a la Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission porque ésta no había realizado una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la interpretación de las disposiciones pertinentes del Acuerdo de Asociación, vulnerando de este modo el derecho de los demandantes a un proceso ante el juez natural, tal como lo garantiza la Constitución nacional.

Mediante resolución de 17 de abril de 2008, la Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission anuló las resoluciones del Ausschuss der Rechtsanwaltskammer Wien de 6 de abril y de 15 de junio de 2004, habida cuenta de la modificación de la situación jurídica resultante de la adhesión de la República de Bulgaria a la Unión, que se produjo el 1 de enero de 2007. Al considerar que a partir de esa

fecha se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 30, apartados 1 y 5, de la RAO, devolvió el asunto al Ausschuss para que se pronunciara de nuevo tras realizar una instrucción complementaria.

El 2 de julio de 2009, el Verfassungsgerichtshof anuló la resolución de 17 de abril de 2008 porque la adhesión de la República de Bulgaria a la Unión no había modificado en modo alguno el hecho de que los años 2004 a 2006 son significativos para el Sr. Pavlov dado que, por un lado, no puede someterse al examen de acceso a la abogacía si no ha realizado un periodo de prácticas de una duración de al menos dos años con un abogado y que, por otro, es necesario, para estar inscrito en la lista de abogados, justificar que se ha realizado un periodo de prácticas de una duración de al menos tres años con un abogado. De este modo, consideró que, para zanjar la cuestión relativa a los años 2004 a 2006, era preciso, con arreglo a la resolución de 8 de octubre de 2007 del mismo tribunal, plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial de interpretación del artículo 38 del Acuerdo de Asociación con la República de Bulgaria.

En estas circunstancias, la Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Era el artículo 38, apartado 1, del Acuerdo [de Asociación con la República de Bulgaria] directamente aplicable, en el período comprendido entre el 2 de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2006, al procedimiento de inscripción de un nacional búlgaro en la lista de abogados en prácticas?

En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

2) ¿Se oponía el artículo 38, apartado 1, del Acuerdo [de Asociación con la República de Bulgaria] a que se aplicase el artículo 30, apartados 1 y 5, [de la RAO] —con arreglo al cual para la inscripción es necesario, entre otros requisitos, acreditar la nacionalidad austriaca u otra nacionalidad equiparable— a la solicitud, presentada el 2 de enero de 2004 por un nacional búlgaro empleado por un abogado austriaco, de inscripción en la lista austriaca de abogados en prácticas y de obtención de un título de habilitación conforme al artículo 15, apartado 3 [de la RAO], y a que se desestimase la solicitud únicamente por razón de la nacionalidad, pese a cumplirse los demás requisitos y haberse concedido un permiso de establecimiento y trabajo en Austria?».

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El principio de no discriminación enunciado en el artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo Europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Bulgaria, por otra parte, celebrado y aprobado en nombre de las Comunidades mediante la Decisión 94/908/CECA, CE, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 19 de diciembre de 1994, debe interpretarse en el sentido de que no se oponía, antes de la adhesión de ésta a la Unión, a una norma de un Estado miembro como el artículo 30, apartados 1 y 5, de la Österreichische Rechtsanwaltsordnung (Estatuto de la Abogacía austriaco), en la versión aplicable al litigio principal, en virtud de la cual un nacional búlgaro, debido a la existencia de un requisito vinculado a la nacionalidad impuesto por dicha norma, no podía obtener su inscripción en la lista de los abogados en prácticas, ni, en consecuencia, un título de habilitación.

Libertad de circulación y residencia. Tarjeta de residencia: carácter declarativo y no constitutivo de derechos. Derecho de residencia permanente: los períodos de estancia cubiertos con fundamento exclusivo en una tarjeta de residencia válidamente expedida y sin reunir los requisitos para disfrutar de derecho alguno de residencia, transcurridos antes del 30 de abril de 2006, no pueden considerarse cubiertos a efectos de adquirir el derecho de residencia permanente; sí se consideran cubiertos después de una residencia legal continuada de cinco años cumplida antes de dicha fecha.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**
Fecha: **21 de julio de 2011**
Cuestión Prejudicial: **C-325/09**
Ponente: **Sra. Silva de la Puerta**
Voz: **Derecho de residencia permanente: períodos de estancia cubiertos con tarjeta de residencia válidamente expedida**

La Sra. Dias es una nacional portuguesa que entró en el Reino Unido en enero de 1998. Según el tribunal remitente, la estancia de la interesada comprende los cinco períodos siguientes (en lo sucesivo, respectivamente, «períodos primero a quinto»):

— desde enero de 1998 hasta el verano de 2002: empleada;

— desde el verano de 2002 hasta el 17 de abril de 2003: permiso de maternidad;

— desde el 18 de abril de 2003 hasta el 25 de abril de 2004: desempleada;

— desde el 26 de abril de 2004 hasta el 23 de marzo de 2007: empleada, y

— desde el 24 de marzo de 2007: desempleada.

El 13 de mayo de 2000, el Home Office expidió a la Sra. Dias una tarjeta de residencia correspondiente al derecho de residencia previsto en el artículo 4 de la Directiva 68/360. Esa tarjeta contenía las menciones enumeradas en el anexo de dicha Directiva. Indicaba además un período de validez que iba del 13 de mayo de 2000 al 13 de mayo de 2005 y precisaba que «el período de validez de la presente tarjeta representa la fecha límite de su residencia en el Reino Unido. Esa fecha límite será aplicable, a menos que sea sustituida por otra, a cualquier permiso de entrada posterior que usted obtenga después de una ausencia del Reino Unido dentro del período de validez de la presente tarjeta».

A finales de marzo de 2007 la Sra. Dias solicitó la concesión del complemento de ingresos.

Según el Social Security Commissioner (funcionario competente en materia de seguridad social), dado que la Sra. Dias ya no tenía en la citada fecha la condición de trabajador en el sentido de la Directiva 2004/38, sólo podía solicitar la concesión del complemento de ingresos en calidad de titular de un derecho de residencia permanente con arreglo al artículo 16 de esa Directiva. El Commissioner consideró al respecto que el referido derecho de residencia únicamente podía invocarse después de la fecha de transposición de la Directiva 2004/38 en el Reino Unido, a saber, a partir del 30 de abril de 2006.

Como quiera que, según el Commissioner, la Sra. Dias tampoco era un trabajador, en el sentido del Derecho de la Unión, durante el tercer período de su estancia en el Reino Unido, estimó que dicha señora no podía unir ese período, a efectos del derecho de residencia permanente, a los períodos de estancia segundo y tercero, ni al cuarto período, como tales.

No obstante, el Commissioner consideró que la estancia de la Sra. Dias en el Reino Unido durante el tercer período podía considerarse como una residencia válida a efectos del derecho de residencia permanente, bien en razón de la tarjeta de residencia que le había sido expedida, bien en virtud del artículo 18 CE.

En consecuencia, el Commissioner decidió conceder el complemento de ingresos a la Sra. Dias.

La resolución del Commissioner fue impugnada por el Secretary of State for Work and Pensions ante el tribunal remitente.

Según dicho tribunal, la resolución del Commissioner parte de la premisa de que los períodos de estancia que hubieran finalizado antes del 30 de abril de 2006, fecha de transposición de dicha Directiva en el Reino Unido, no pueden computarse a efectos del derecho de residencia permanente previsto en el artículo 16 de la Directiva 2004/38. El tribunal remitente estima por su parte que esos períodos pueden computarse a efectos de determinar el referido derecho de residencia. No obstante, dado que esa cuestión era objeto de la petición de decisión prejudicial que el propio tribunal había presentado en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de octubre de 2010, Lassal (C-162/09, Rec. p. I-0000), el tribunal remitente

no juzgó necesario plantear de nuevo la misma cuestión al Tribunal de Justicia. Partiendo de la premisa del Commissioner, el tribunal remitente considera, al igual que éste, que la Sra. Dias no podía ser calificada como trabajador en el sentido del Derecho de la Unión durante el tercer período de su estancia en el Reino Unido. En cambio, ese tribunal estima que, durante dicho período, la interesada no podía invocar un derecho de residencia, conforme al artículo 16 de la Directiva 2004/38, con fundamento exclusivo en la tarjeta de residencia que le había sido expedida. Por último, según el mismo tribunal, la estancia de la Sra. Dias durante el mencionado período podía considerarse como una residencia válida a efectos de determinar el derecho de residencia permanente, en virtud exclusivamente del artículo 18 CE, en el supuesto de que se apreciara que el artículo 16 de la Directiva 2004/38 adolece de una laguna en lo que se refiere a los períodos de estancia transcurridos antes de la fecha de transposición de dicha Directiva en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros.

En este contexto, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Si un ciudadano de la Unión Europea que se encuentra en un Estado miembro del que no es nacional era titular, antes de la transposición de la Directiva 2004/38 […], de una tarjeta de residencia válidamente expedida con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 68/360 […], y durante cierto tiempo dentro del período de validez de la tarjeta estuvo en situación de desempleo voluntario, no podía subvenir a sus necesidades y no reunía los requisitos para la expedición de dicha tarjeta, ¿siguió siendo dicha persona, en virtud exclusivamente de su tarjeta de residencia, una persona que ha "residido legalmente" en el Estado miembro de acogida a efectos de la adquisición posterior de un derecho de residencia permanente conforme al artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38?

2) Si la residencia continuada durante cinco años como trabajador [en el territorio de un Estado miembro de acogida], antes del 30 de abril de 2006, no origina el derecho de residencia permanente establecido por el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38 […], ¿dicha residencia continuada como trabajador origina directamente un derecho de residencia permanente en virtud del artículo 18 CE, apartado 1, debido a la existencia de una laguna en la Directiva?».

(…)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 16, apartados 1 y 4, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, debe interpretarse en el sentido de que:

— los períodos de estancia cubiertos antes del 30 de abril de 2006, con fundamento exclusivo en una tarjeta de residencia válidamente expedida en virtud de la Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, y sin reunir los requisitos para disfrutar de derecho alguno de residencia, no pueden considerarse cubiertos legalmente a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38, y

— los períodos de estancia inferiores a dos años consecutivos, cubiertos con fundamento exclusivo en una tarjeta de residencia válidamente expedida en virtud de la Directiva 68/360 y sin reunir los requisitos para disfrutar de derecho alguno de residencia, transcurridos antes del 30 de abril de 2006 y después de una residencia legal continuada de cinco años cumplida antes de dicha fecha, no pueden afectar a la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud del referido artículo 16, apartado 1.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JUNIO DE 2011: SOBRE EL DERECHO DEL EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR AL PERCIBO DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN

César Tolosa Tribiño

Presidente del TSJ de Cantabria

Como ya señalaba Alfonso MELLADO, de conformidad con lo que fija la Ley de Extranjería, tras la última reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, en nuestro país, el extranjero puede encontrarse en dos situaciones claramente diferenciadas: de forma regular o de forma irregular. De forma regular estará aquel extranjero cuya situación esté amparada por alguna de las previsiones contenidas en la propia Ley (bien por encontrarse entre los colectivos que quedan exceptuados de la norma, por contar con visado de permanencia temporal, con autorización de residencia temporal o definitiva, con autorización de trabajo, etc.); de forma irregular estará aquél que se encuentre en nuestro territorio sin ningún tipo de autorización; o, lo que también es importante a efectos laborales, cuando, encontrándose en nuestro país con autorización de residencia, no cuenta con autorización para trabajar pero, no obstante ello, sí que lleva a cabo una prestación de servicios.

En efecto, según el art. 10 de dicha Ley: «1. Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.

2. Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público».

Consecuentemente, y según el tenor literal de la Ley, solo los extranjeros en situación regular pueden tener acceso a la realización de una actividad remunerada, sin embargo es lo cierto que la tozuda realidad no camina pareja a la normativa vigente y son numerosos los extranjeros irregulares que prestan servicios en distintos sectores productivos.

Desde esa perspectiva se impone dotar a tales personas, por muy irregular que sea su situación, de una serie de garantías o derechos de carácter mínimo, porque su situación no puede justificar el desamparo jurídico.

La cuestión relativa al despido del trabajador extranjero en situación irregular ha sido analizada frecuentemente por nuestros Tribunales. Concretamente, la STSJ de Castilla y León de 24 de septiembre de 2009 aborda de forma ciertamente exhaustiva esta cuestión, analizando tanto la evolución normativa como jurisprudencial en la materia.

La cuestión relativa a la validez y eficacia de la relación laboral existente entre una empresa y un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo debe analizarse partiendo de lo dispuesto en el art. 7, letra c) del Estatuto de los Trabajadores. Establece este precepto que podrán contratar la prestación de su trabajo «Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia», precepto que supone remitir a la legislación de extranjería las condiciones de eficacia de las relaciones laborales concertadas por los mismos.

La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, lo regulaba en su art. 15.11, que condicionaba totalmente la posibilidad de realizar una actividad laboral en España a la obtención del permiso de trabajo. En la interpretación de este precepto legal vino finalmente a consolidarse la línea jurisprudencial que considera nulo el contrato de trabajo concertado por el extranjero que carece de la autorización administrativa para trabajar, paradigma de la cual es la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997, en la que se concluye que un contrato de trabajo sin obtención del permiso de trabajo es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la Ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, en relación con el artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores, y tal declaración de nulidad ha de entenderse sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 9.3 del Estatuto de los Trabajadores. Conforme a esta interpretación, el contrato de trabajo debía reputarse nulo cuando el trabajador extranjero no disponía del permiso de trabajo, y en consecuencia entender que carecía por ello de acción para reclamar por despido frente al empresario, pudiendo tan solo exigir la remuneración por el trabajo que ya hubiere prestado.

Esta situación se ve alterada por la actual redacción del art. 36 de la LOEX, que, tratando de introducir específicas garantías jurídicas para este tipo de situaciones, establece que «La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo.

Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero».

Tal y como venía señalando reiteradamente la doctrina judicial (entre otras, SSTSJ de Canarias/Las Palmas de 30 de marzo de 2005 y de Madrid de 20 de mayo de 2003), con la modificación legal se han querido garantizar plenamente sus derechos laborales reconociendo que no es suficiente para ello la exigencia al empresario de responsabilidades administrativas o incluso penales, con las que se sanciona al empleador pero no se consigue la aplicación en beneficio del trabajador de tales derechos. En definitiva, se trata de asegurar plenamente al trabajador todos sus derechos laborales, a la vez que se exigen al empleador las demás responsabilidades a que su actuación haya podido dar lugar, distinguiendo de esta forma dos distintos ámbitos jurídicos con los que se quiere abarcar todo el conjunto de

obligaciones legales que el empresario debe asumir cuando contrata irregularmente a un trabajador extranjero, la plena responsabilidad laboral y de Seguridad Social.

Como afirma en relación con este nuevo apartado la sentencia de Castilla y León antes citada, «Tan contundente aserto tan solo puede ser interpretado en el sentido de considerar que el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiere dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo. Se han querido dejar de esta forma a salvo y en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores, incluida una eventual reclamación por despido. Como es de ver, la regulación actual señala de forma expresa que la carencia de la preceptiva autorización administrativa «no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero», introduciendo con ello una radical diferencia respecto a la regulación anterior con la que claramente se quiere indicar que el contrato de trabajo no quedara invalidado y esta situación no afectará a los derechos laborales del trabajador extranjero, que se mantiene por ello íntegro y sin limitación.

No obstante, no han dejado de existir opiniones contrarias. Por ejemplo, María Teresa ALONSO PÉREZ sostiene que «el contrato de trabajo celebrado por un trabajador extranjero sin permiso de trabajo es nulo por vulneración del art. 6.3 del código Civil. Pero es que, además, el propio artículo 36.3 de la LO 4/2000 trasluce esta consideración al afirmar que el contrato no invalidará el contrato respecto a los derechos del trabajador extranjero, de donde, evidentemente, hay que entender que sí invalidará el contrato en lo relativo al resto —como las obligaciones de dicho trabajador, o los derechos del empleador—».

Para otros autores, como GÓMEZ ABELLEIRA, la solución sería intermedia, en cuanto sí cabe seguir hablando de nulidad del contrato de trabajo con extranjero sin permiso de trabajo, pero de una nulidad «relativa», distinta de la «total» del artículo 9.2 ET y distinta, también, de la «parcial» del artículo 9.1 ET. Se sostiene que, de haber querido el legislador repeler de raíz la doctrina jurisprudencial de la nulidad del contrato de trabajo de extranjero sin permiso de trabajo, podría haberlo hecho afirmando rotundamente que el contrato de trabajo sería válido o eficaz, o que no sería nulo por el mero hecho de la falta del permiso de trabajo. Pero no habiendo hecho el legislador tan rotunda afirmación, sino la más moderada de que la falta del permiso *no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero,* cabe sostener que el legislador sigue partiendo de la nulidad de base del contrato, aunque ahora se añada el importantísimo matiz de que esta nulidad es *relativa,* porque no afectará a los derechos del trabajador extranjero, derechos que, puede adelantarse ya, y parece obvio, no son sólo los de carácter remuneratorio, como se contempla en el artículo 9.2 ET.

El citado autor se interroga y responde: «¿Qué significa, por consiguiente, "no invalidará"? A mi modo de ver, el legislador parte de la idea, bien sentada jurisprudencialmente, como se vio, de que el contrato de trabajo sin permiso de trabajo es nulo. A partir de aquí, el "no invalidará" se erige en excepción a la regla de la nulidad. Y si conforme a

esta regla, un contrato de trabajo nulo no produce los efectos propios del contrato de trabajo válido, el "no invalidará" quiere decir que ese contrato de trabajo nulo sí producirá los efectos propios de un contrato de trabajo válido, aunque ceñida esta producción de efectos nada más que "a los derechos del trabajador extranjero"».

Sentado el criterio general de la posibilidad de que el extranjero procediera a poder impugnar su despido, dada la validez del contrato suscrito pese a su situación de irregularidad, el siguiente problema que se planteaba era el de establecer cuáles debían ser las posibles consecuencias de la declaración del despido tanto nulo como improcedente y, más concretamente, se planteó, de un lado, si resultaba posible la readmisión y, de otro, si existía derecho a la percepción de los salarios de tramitación.

La STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 estableció, en el último párrafo de su fundamento de Derecho quinto, que la condena ligada a la declaración de improcedencia es tan sólo la indemnización. Y ello porque la opción por la readmisión resulta de imposible cumplimiento como consecuencia de la carencia de permiso de trabajo. Se trataría de aplicar en estos supuestos la misma doctrina que en los casos de opción por la indemnización, en todo caso, en el supuesto de que el término del contrato temporal se hubiera cumplido durante la tramitación del procedimiento.

En estos supuestos afirma la STS de 23 de julio de 2009, recordando la doctrina ya fijada en la sentencia de 14 de abril de 1997, que «La tesis correcta es la de la sentencia recurrida, al ser concorde con la doctrina ya unificada en Sala General por este Tribunal en su STS/IV 29-I-1997 (recurso 3461/95), en la que se razonaba que "El art. 56.1 ET regula los efectos del despido improcedente sin distinguir entre contratos indefinidos o temporales cuando el contrato se extingue por voluntad del empresario, sin la concurrencia de causa justificativa estableciendo la necesidad de que el empresario opte entre readmisión e indemnización; dos son las indemnizaciones que en dicho caso procedería; una básica (art. 56.1.a) y la complementaria de salarios de tramitación (art. 56.1.b ET). Ninguna cuestión se plantea cuando el contrato es de naturaleza indefinida para el supuesto de no elección por readmisión rigiendo lo dispuesto en dicho artículo. Ahora bien cuando el contrato es temporal como en el caso de autos, en donde como ya se ha adelantado dicha naturaleza no se discute, ni por tanto su posible conversión en indefinido, si el mismo vence antes de la declaración judicial declarando su improcedencia, es cuando surge el problema al desaparecer un término de la obligación alternativa establecida en el art. 56 ET al no ser posible la readmisión del trabajador; pues bien, en este caso debe aplicarse el art. 1134 del Código Civil, manteniéndose la obligación del empresario de cumplir el otro miembro de la obligación alternativa, es decir, la indemnización, la cual debe devengarse en todo caso y ello porque en nuestro ordenamiento laboral la indemnización es consecuencia del daño producido rigiendo el principio de indemnización tasada de los perjuicios causados por despido improcedente, que no son solo los materiales (pérdida de salario y puesto de trabajo) sino otros de naturaleza inmaterial (pérdida de oportunidad de ejercitar la actividad profesional, de prestigio e imagen en el mercado de trabajo), perjuicios producidos por la extinción del contrato de trabajo sin causa con independencia de la naturaleza del contrato que deben ser indemnizados; siendo esto así y sin prejuzgar lo que pueda resolverse en otros supuestos, dado la singularidad que cada caso puede presentar, es procedente que en el supuesto aquí debatido, en donde por voluntad empresarial sin causa justificada se rompió el vínculo

contractual antes de su vencimiento, declarándose aquella conducta como constitutiva de despido improcedente, que se condene al empresario al no ser posible, la opción prevista en el art. 56.1 ET, y por tanto a la readmisión del trabajador, dado que el contrato venció antes de dictarse la sentencia, a que le indemnice en la forma fijada en la sentencia recurrida, aplicando la doctrina antes expuesta"».

En definitiva, el contrato temporal se extingue cuando llega su fin y la declaración de nulidad no produce ni su prórroga ni su conversión en indefinido.

La propia Sala de Cataluña, en sentencia de 20 de mayo de 2011, insiste en esta tesis al afirmar que «es necesario precisar que no es posible la readmisión de actor extranjero en situación irregular, pues como se ha expuesto en fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, solo puede trabajar el extranjero administrativamente autorizado, que en este caso no lo está en la fecha en que se considera un despido Improcedente, y por ello procede la declaración de extinción de relación laboral con las citadas empresas en la fecha en que se dicta la sentencia por esta Sala el 11 de mayo de 2011».

En este mismo sentido se pronuncia GÓMEZ ABELLEIRA cuando considera que «La clave está, en fin, en cuáles son esos "derechos del trabajador extranjero" de que está hablando el artículo 36.3 LEx. Lo que en este orden de cosas parece más claro es que en el tantas veces citado artículo 36.3 LEx se está tratando, en primer lugar, de los derechos que nacen para el trabajador precisamente del contrato de trabajo. Son, por tanto, todos los derechos laborales que se pueden ejercitar por el trabajador contra su empresario "como consecuencia del contrato de trabajo" [artículo 2 a) LPL]. Ahora bien, los derechos laborales que sí nacen para el trabajador extranjero sin permiso de trabajo son fundamentalmente los de contenido netamente económico (el derecho al salario, el derecho a indemnizaciones y suplidos de todo tipo a cargo del empresario como consecuencia del contrato de trabajo), no los de otro tipo, y me explico. Lo que el artículo 36.3 LEx garantiza al trabajador es que sus derechos económicos devengados no se perderán por la falta de permiso de trabajo, pero no es posible que el ordenamiento jurídico pueda en cambio proteger la continuidad de un contrato de trabajo nulo en el fondo: el trabajador no podría por ejemplo ejercer una acción declarativa de fijeza ante los tribunales, o una acción contra una decisión empresarial de movilidad geográfica, pues los tribunales, incluso de oficio, podrían declarar la nulidad radical del contrato, impidiendo por ello un pronunciamiento sobre el fondo, sin perjuicio, eso sí, del percibo por el trabajador de todos los derechos de contenido patrimonial ya devengados durante la vida del contrato».

El segundo problema es el referido al derecho a la percepción de los salarios de tramitación.

Los salarios de tramitación son aquellos salarios dejados de percibir por el trabajador desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia que califique por primera vez el despido (si opta por la indemnización), o hasta la readmisión (si opta por ésta).

El Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de marzo de 2004, ha señalado que los salarios de tramitación «están concebidos como cantidad de dinero a percibir como reparación de la falta de ingresos del trabajador, durante la tramitación de un proceso que concluye con la declaración de improcedencia o nulidad de su despido», añadiendo en las SSTS de

19 de mayo de 1994 y 13 de mayo de 1991 que «la figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente».

En materia de despidos de extranjeros en situación irregular existía una clara discrepancia en nuestros Tribunales, entre Salas que estimaban su concesión y aquellas que los denegaban.

Entre la posición favorable encontramos la STSJ de Valencia de 7 de julio de 2010, que concluye que «Procede concluir que la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido y extinguió la relación laboral, debió también condenar al demandado al abono a la actora de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia, que declara la extinción de la relación laboral, pues dichos salarios obviamente no se devengan por la prestación efectiva de trabajo, sino por la naturaleza indemnizatoria de los mismos, sin que a ello obste que la actora es extranjera sin permiso de trabajo, pues la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su art. 36.1.1 dice: «1. Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar», y en su punto 3 dice: «Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle». De lo que se deduce que el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiere dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, dejando así a salvo los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el ET, incluida una eventual reclamación por despido, de manera que, declarada la improcedencia del despido, las consecuencias serán las previstas en el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 56 del citado Estatuto. Procediendo, en atención a lo expuesto, estimar el recurso, si bien los salarios de tramitación lo serán hasta la fecha de la sentencia de instancia, pues en la misma se declara extinguida la relación laboral».

En la posición contraria se sitúa la STSJ de Madrid de 28 de enero de 2009, cuando afirma que: «Sin que proceda condena al abono de los salarios de tramitación porque estos tienen naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar a la trabajadora uno de los perjuicios que para misma se deriven del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha del despido y durante la instrucción del despido correspondiente, y como desde el

momento en que se extinguió la relación laboral, por decisión del empleador, era imposible la reanudación de la misma, no podía prestarse servicios y no hay que compensar perjuicio alguno».

Estas discrepancias han venido a ser resueltas por la sentencia del Tribunal Supremo de 21-6-2011 (rec. 3428/2010).

En la sentencia que estamos analizando se parte de los siguientes hechos probados relevantes:

a) La actora, de nacionalidad brasileña, prestó servicios como camarera para el empresario recurrente desde el 17 de diciembre de 2006 hasta el 10 de diciembre de 2007, en que cesó la relación laboral al ser detenida la demandante debido a su situación irregular en España;

b) El día 17 de abril de 2008 comenzó a trabajar de nuevo, también como camarera, para el mismo empresario, percibiendo un salario de 1.201,60 euros/mes;

c) El 24 de julio de 2009, en una visita de la Inspección de Trabajo, se detectó que la actora no tenía autorización para trabajar, levantándose la correspondiente Acta e imponiéndose por la Subdelegación del Gobierno al empresario una multa de 6.014 euros, cuya firmeza no consta;

d) El 28 de julio de 2009, y como consecuencia de la citada inspección, el empresario despidió verbalmente a la demandante, sin alegar causa alguna para ello.

Según la reciente sentencia del Tribunal Supremo «El art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de modo similar a la regulación inmediatamente anterior (L. O. 8/2000), además de establecer que ha de ser el empleador el que "deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1", prevé de modo literal que la carencia de ella "por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Y si los arts. 56.1.b) y 53.5 (este último equipara los efectos de la extinción por causas objetivas al despido disciplinario) del ET y 110.1 y 113 de la LPL establecen con claridad, en los casos de despidos improcedentes y algunos nulos, la condena al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, y el extranjero extracomunitario sin la pertinente autorización, pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley antes transcrita, no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación, es evidente que, en la medida en que tales salarios forman parte de la protección legal, tiene derecho a percibirlos en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador, extranjero o no, que haya sido despedido contrariando nuestra legalidad, sobre todo si tenemos en cuenta la primordial naturaleza indemnizatoria de tales devengos, tal como, rectificando doctrina anterior (STS 7-7-1994, R. 93/94), tiene declarado constante jurisprudencia (por todas, SSTS 14-7-1998, R. 3482/97; 10-7-2000, R. 4486/98; 2-2-2000, R. 3210/99; 1-3-2004, R. 4846/02; y las que esta última cita), y ni siquiera se cuestiona la

posibilidad de compensarlos en la forma prevista en el propio art. 56.1.b) ET porque, con no constar que la demandante estuviera simultáneamente empleada en cualquier otra ocupación remunerada, la condena únicamente comprende el período trascurrido entre el día del despido y el día en el que el Juzgado de instancia dictó la sentencia que, además de la declaración de improcedencia, acordó excepcionalmente la extinción contractual».

La sentencia claramente limita la percepción de los salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia, de lo que se deduce que la misma viene a confirmar la tesis contraria a la posibilidad de continuidad en el tiempo de la relación laboral prestada por un extranjero en situación irregular, esto es, se aclara que no es posible la readmisión, por cuanto la sentencia pone fin a la relación laboral.

No obstante, la propia sentencia posibilita que los salarios de trámite no se computen hasta dicho momento, siendo por tanto de aplicación los mecanismos jurídicos que tienen como finalidad limitar el pago de los salarios de trámite por el empresario en situaciones generales.

De una parte, según el art 56.2 del ET, «En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste. Cuando el trabajador acepte la indemnización, o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna. A estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación».

La sentencia del TSJ de Cataluña de fecha 17-9-2004 ha venido a configurar los requisitos precisos para que el reconocimiento de la improcedencia del despido por el empresario al tiempo de notificar éste por escrito pueda evitarle el abono de los salarios de trámite. Así pues:

1) El empresario deberá comunicar por escrito, con exposición detallada de los hechos imputados y la fecha de efectos, el despido disciplinario del trabajador.

2) En el mismo escrito u otro aparte, en el mismo día o dentro de las 48 horas siguientes, el empresario puede, no obstante, reconocer la improcedencia del despido, optando por la extinción indemnizada, y así lo ha de exponer expresamente comunicándoselo al trabajador.

3) En el mismo escrito de opción ofrecerá al trabajador la indemnización legal con expresión de la cantidad resultante, así como la advertencia de que si no la acepta procederá a consignarlo en el juzgado social. No se acepta la transferencia a la cuenta del trabajador.

4) En el supuesto en que el trabajador no lo aceptase, el empresario deberá consignar esa cantidad en la oficina de los juzgados de lo Social y notificar al trabajador el hecho de la consignación judicial de su indemnización.

5) Si la consignación no se hiciese dentro de las 48 horas siguientes al despido y su notificación, habrá que ingresar también el importe de los salarios de tramitación comprendidos entre la fecha del despido y la de consignación.

La aplicación de esta medida de limitación del cómputo de los salarios de tramitación ha provocado numerosos problemas en el momento de su aplicación, siendo uno de los preceptos que ha dado lugar a un mayor número de decisiones jurisprudenciales, pudiendo afirmarse que la cuestión se mantiene en la actualidad todavía abierta.

De otra parte, según el art. 56 ET los salarios de tramitación abarcarán hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

En estos supuestos corresponde al empresario:

a) Probar la prestación de servicios.

b) Probar lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

FUENTES INTERNAS

— Orden PRE/2072/2011, de 22 de julio, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se establece la reactivación del periodo transitorio en relación con la libre circulación de los trabajadores de Rumanía (BOE del 23; c.e. del 28).

— Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE del 28).

— Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE del 17).

— Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (BOE del 23).

— Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE del 11).

— Instrucción de 27 de octubre de 2011, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la Dirección General de Modernización de la Administración de Justicia, sobre el nuevo modelo organizativo del Registro Civil Central (BOE de 15 de noviembre).

— Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre, por el que se determinan los funcionarios y autoridades competentes para realizar la legalización única o Apostilla prevista por el Convenio XII de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 5 de octubre de 1961 (BOE de 16 de noviembre).

— Orden TIN/3155/2011, de 8 de noviembre, por la que se regulan la composición y funciones de la Comisión Ministerial de Administración Electrónica del Ministerio de Trabajo e inmigración (BOE de 21 de noviembre).

— Orden INT/3321/2011, de 21 de noviembre, sobre expedición de título de viaje a extranjeros (BOE de 5 de diciembre).

— Real Decreto 1773/2011, de 2 de diciembre, sobre la configuración jurídica del Colegio de España en París (BOE del 3).

FUENTES INTERNACIONALES

— Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Firma por parte de la República de Ecuador (BOE de 25 de julio de 2011).

— Acuerdo entre España y Ucrania, relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados, hecho en Madrid el 12 de mayo de 2009 (BOE de 10 de agosto de 2011).

— Canje de Notas constitutivo de Acuerdo por el que se enmienda el Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República del Perú de 28 de junio de 1989, hecho en Madrid el 4 de agosto de 2008 y 9 de marzo de 2009 (BOE de 12 de agosto de 2011).

— Convenio de cooperación cultural y educativa entre el Reino de España y la República de Costa Rica, hecho en San José de Costa Rica el 20 de noviembre de 2000 (BOE de 13 de agosto de 2011).

— Canje de Notas de fechas 22 y 29 de julio de 2011, constitutivo de Acuerdo por el que se enmienda el Canje de cartas constitutivo de Acuerdo sobre reconocimiento recíproco y canje de los permisos de conducción entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil de 17 de septiembre de 2007 (BOE de 13 de septiembre de 2011).

— Resolución de 19 de septiembre de 2011, de la Secretaría General Técnica, por la que se publican las Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional (BOE del 26).

— Aplicación Provisional del Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre cooperación científica y tecnológica de interés para la seguridad nacional, hecho en Madrid el 30 de junio de 2011 (BOE de 29 de septiembre).

— Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Firma por parte de la República Oriental del Uruguay (BOE de 6 de octubre de 2011).

— Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Firma por parte de la República de Chile (BOE de 6 de octubre de 2011).

— Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio de seguridad social entre el Reino de España y la República de Ecuador, hecho en Madrid el 18 de julio de 2011 (BOE de 8 de octubre).

— Convenio entre el Reino de España y el Reino Hachemita de Jordania sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Amman el 15 de marzo de 2011 (BOE de 24 de octubre).

— Acuerdo de Cooperación Cultural, Educativa y Científica entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Singapur, hecho en Singapur el 13 de abril de 2011 (BOE de 26 de octubre; c.e. BOE de 19 de noviembre).

— Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Albania sobre cooperación en la lucha contra la delincuencia, hecho en Tirana el 20 de mayo de 2009 (BOE de 26 de octubre de 2011).

— Instrumento de Adhesión de España al Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, hecho en Viena el 24 de abril de 1963 (BOE de 31 de octubre de 2011).

— Instrumento de Adhesión de España al Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, hecho en Viena el 18 de abril de 1961 (BOE de 1 de noviembre de 2011).

— Instrumento de Adhesión del Acuerdo para la constitución de la Academia Internacional contra la Corrupción como organización internacional, hecho en Viena el 2 de septiembre de 2010 (BOE de 4 de noviembre de 2011).

— Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y el Estado de Kuwait sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos, hecho en Sevilla el 3 de octubre de 2011 (BOE de 4 de noviembre; c.e. BOE del 19).

— Aplicación provisional del Acuerdo entre el Gobierno español y el Gobierno macedonio sobre reconocimiento recíproco y canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Skopje el 6 de octubre de 2011 (BOE de 4 de noviembre).

— Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos, hecho en Nouakchott el 6 de octubre de 2011 (BOE de 9 de noviembre).

— Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y la República de Croacia en materia de lucha contra la delincuencia y asuntos de seguridad, hecho en Madrid el 24 de octubre de 2011 (BOE de 9 de noviembre).

— Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Nicaragua sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Madrid el 19 de febrero de 2010 (BOE de 14 de noviembre de 2011).

— Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Trinidad y Tobago sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Puerto España el 17 de febrero de 2009 (BOE de 2 de diciembre de 2011).

— Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Firma por parte de la República del Paraguay (BOE de 19 de diciembre de 2011).

— Denuncia del Acuerdo entre España y Rumanía relativo al reconocimiento recíproco de los permisos de conducción de los ciudadanos españoles y rumanos con objeto del canje, hecho en Bucarest el 1 de septiembre de 2004 (BOE de 19 de diciembre de 2011).

FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

— Decisión 2011/502/UE de la Comisión, de 10 de agosto de 2011, por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos y se deroga la Decisión 2007/675/CE (DOUE, L 207, de 12 de agosto de 2011).

— Decisión de 11 de agosto de 2011 por la que se autoriza a España a suspender temporalmente la aplicación de los artículos 1 a 6 del Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, con respecto a los trabajadores rumanos (DOUE, L 207, de 12 de agosto de 2011).

— Actualización de los modelos de tarjetas expedidas por los Ministerios de Asuntos Exteriores de los Estados miembros a los miembros acreditados de las representaciones diplomáticas y oficinas consulares y los miembros de sus familias, de conformidad con lo establecido en el artículo 19, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DOUE, C 273, de 16 de septiembre y DOUE, C 357, de 7 de diciembre de 2011).

— Decisión de Ejecución de la Comisión de 21 de septiembre de 2011 por la que se fija la fecha en que el Sistema de Información de Visados (VIS) será puesto en marcha en la primera región (DOUE, L 249, del 27).

— Reglamento (UE) n.º 977/2011 de la Comisión de 3 de octubre de 2011 que modifica el Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados) (DOUE, L 258, del 4).

— Decisión n.º 2/2011 del Comité Mixto UE-Suiza, creado por el artículo 14 del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, de 30 de septiembre de 2011, que sustituye el anexo III, relativo al reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales (DOUE, L 277, de 22 de octubre).

— Decisión n.º 1105/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre la lista de documentos de viaje que permiten el cruce de las fronteras exteriores y en los que puede estamparse un visado, y sobre la creación de un mecanismo para elaborar esta lista (DOUE, L 287, de 4 de noviembre).

— Reglamento (UE) n.º 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DOUE, L 304, de 22 de noviembre).

— Actualización de la lista de pasos fronterizos mencionados en el artículo 2, apartado 8, del Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen) (DOUE, L 356, de 6 de diciembre de 2011).

— Decisión del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la plena aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en el Principado de Liechtenstein (DOUE, L 334, del 16).

— Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DOUE, L 337, del 20).

— Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección (DOUE, L 338, del 21).

EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS(*)

(Selección)

REINVENTANDO FRONTEX:
GESTIÓN EFICAZ DE LAS FRONTERAS EXTERIORES
DE LA UE

El Parlamento Europeo y el Consejo de la UE han alcanzado un acuerdo para modificar el Reglamento de funcionamiento de FRONTEX, la Agencia europea encargada de coordinar las fronteras exteriores de la UE. El nuevo Reglamento aborda cambios esenciales que contribuyan a actualizar la situación que se daba en 2004, año de puesta en funcionamiento de la Agencia. FRONTEX debe incrementar su visibilidad a través del despliegue de equipos europeos de guardia fronteriza, trabajando en el respeto de los derechos fundamentales, de acuerdo a las modificaciones de su mandato aprobadas por el PE y el Consejo de la UE. Asimismo, FRONTEX deberá informar periódicamente al propio PE sobre sus actividades relacionadas con los derechos fundamentales, estableciéndose así un control sobre su escrutinio democrático. Ya el pasado mes de octubre de 2010, el CGAE participó en Bruselas en una reunión interparlamentaria entre el propio Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales sobre el control democrático al que deben someterse las agencias europeas. En esta reunión se establecieron las bases de los mandatos de modificación de los reglamentos de estas agencias, siendo el acuerdo alcanzado ahora para FRONTEX el primero de ellos.

(17 de julio de 2011)

(*) Boletín elaborado por la Delegación en Bruselas del Consejo General de la Abogacía Española en colaboración con la *Délégation des Barreaux de France* y la *Deutscher Anwaltwerein*.

PREOCUPACIONES SOBRE LAS MEDIDAS DANESAS PARA EL CONTROL DE FRONTERAS

Expertos de la Comisión Europea visitaron Dinamarca la pasada semana dentro del diálogo establecido con las autoridades danesas respecto a la implementación de medidas para reforzar los controles internos en sus fronteras. Los expertos se han reunido con las autoridades correspondientes en Copenhague, y han visitado las fronteras de este país con Alemania y con Suecia. En una primera impresión, los expertos han constatado que no han obtenido constataciones suficientes por parte de Dinamarca para la intensificación de los controles transfronterizos en sus fronteras interiores. Los expertos han señalado particularmente que los supuestos riesgos para el restablecimiento de controles no son suficientes, y no existen normas claras para los oficiales de fronteras a la hora de llevar estos a cabo. De la misma manera, parece no existir un mecanismo estructurado de información sobre el número de controles y los resultados de las comprobaciones transfronterizas. La Comisaria de Asuntos de Interior, Cecilia Malmstrom, ha mostrado su preocupación por estos hechos, anunciando que han enviado una carta a las autoridades danesas para que establezcan un sistema de control eficaz de estas medidas. Asimismo, ha informado de que la Comisión no dudará en usar todas las herramientas necesarias para garantizar la libre circulación de bienes, servicios y personas y el respeto total a toda la normativa europea.

(17 de julio de 2011)

AGENDA EUROPEA PARA LA INTEGRACIÓN

La Comisión ha adoptado recientemente una «Agenda Europea para la Integración de los Nacionales de Terceros Países» destinada a acrecentar las ventajas económicas, sociales y culturales que aporta la inmigración a Europa. La Agenda subraya la necesidad de que los inmigrantes participen plenamente en todos los aspectos de la vida colectiva, y destaca el papel fundamental que desempeñan las autoridades locales. Asimismo, se han presentado los resultados de una encuesta cualitativa del Eurobarómetro sobre la integración, realizada la primavera pasada. Dicha encuesta permitió el intercambio de opiniones entre ciudadanos europeos e inmigrantes, demostrando que comparten una serie de ideas sobre la integración. Existe un consenso general sobre la importancia de la interacción en el trabajo y en las escuelas, así como sobre la contribución positiva de los inmigrantes a la cultura local. Ambos grupos coinciden en los factores que permiten la integración: hablar la lengua del país, conseguir un empleo y comprender la cultura local. Los ciudadanos de la UE y los inmigrantes que participaron en la encuesta coincidieron también en que todas las partes deben esforzarse más para obtener el máximo beneficio del hecho de la inmigración. La falta de competencias lingüísticas y la segregación de los inmigrantes en barrios desfavorecidos se perciben como los principales obstáculos a la integración. Estos temas requieren una acción decidida y coherente por parte de todos.

(25 de julio de 2011)

REDABOGACÍA RELANZA EL CARNET DE ABOGADO EUROPEO

RedAbogacía ha rediseñado el nuevo Carnet de abogado europeo, que será emitido por el CGAE y se entregará a todos los abogados del territorio nacional que lo soliciten. Esta iniciativa se debe a los recientes cambios producidos por CCBE, el Consejo de la Abogacía Europea, que ha decidido emitir los nuevos carnets en formato electrónico, incorporando un chip inteligente, con las políticas de certificación acordadas en las recomendaciones establecidas por CCBE. El carnet de abogado europeo facilitará el acceso de los abogados que ejercen fuera de su jurisdicción de origen a los órganos jurisdiccionales y a las instituciones, ya que identificará a su propietario como abogado admitido en el país correspondiente. Puede solicitar el carnet electrónico de abogado europeo cualquier abogado que tenga la condición de Colegiado Ejerciente en cualquiera de los 83 Colegios de Abogados de España y que tenga nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea. El carnet permite acreditar la condición de abogado tanto física como virtualmente —a través del certificado digital—, y acceder a tribunales, prisiones y numerosos servicios de RedAbogacía. La solicitud permite igualmente optar por la suscripción gratuita a nuestro boletín informativo gratuito. Para más información sobre el carnet, puede dirigirse al correo electrónico: <informacion@cgae.es>.

(5 de septiembre de 2011)

2013, «AÑO EUROPEO DE LOS CIUDADANOS»

La Comisión Europea ha propuesto declarar 2013 como el «Año Europeo de los Ciudadanos». La ciudadanía de la Unión y los derechos que van a ella asociados constituyen uno de los pilares clave de la Unión Europea. La Comisión Europea ha propuesto declarar 2013 el «Año Europeo de los Ciudadanos», celebrando así el momento en que se conmemore el vigésimo aniversario del establecimiento de la ciudadanía de la Unión en el Tratado de Maastricht, el 1 de noviembre de 1993. Veinte años después de la creación de la ciudadanía de la Unión se han alcanzado progresos tangibles que tienen un efecto directo en la vida de millones de ciudadanos. Hoy en día viajar a otro país de la UE significa pagar menos gastos de viaje, cruzar las fronteras con menos trámites, garantías de los paquetes de viaje, acceso a los sistemas sanitarios y llamadas más baratas a nuestro país de origen. Estas son tan solo algunas de las ventajas derivadas de la ciudadanía de la UE. El objetivo de la Comisión es garantizar que se eliminan los últimos obstáculos a los que se enfrentan los ciudadanos a la hora de ejercer sus derechos en otro Estado miembro.

(5 de septiembre de 2011)

ESPAÑA RESTRINGE TEMPORALMENTE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES RUMANOS

La Comisión Europea ha aceptado la solicitud efectuada por España de restringir el acceso de los trabajadores rumanos a su mercado laboral hasta el 31 de diciembre de 2012, debido a perturbaciones graves de su mercado laboral, y a raíz de la solicitud de las autoridades españolas el pasado 28 de julio de 2011. España se ha visto afectada con mucha gravedad por la crisis. El descenso sin precedentes del PIB (– 3,9% entre 2008 y

2010) ha dado lugar a la tasa de desempleo más elevada de la UE, más de un 20% desde mayo de 2010. El incremento continuo de los residentes rumanos en España y su elevado desempleo han afectado a la capacidad de España para absorber nuevas llegadas de trabajadores. En su decisión, la Comisión Europea autoriza a España a aplicar temporalmente restricciones al acceso de los rumanos a su mercado de trabajo hasta el 31 de diciembre de 2012. Estas restricciones se aplicarán a las actividades de todos los sectores y todas las regiones. Sin embargo, no afectará a los nacionales rumanos que ya estén activos en el mercado laboral español.

(5 de septiembre de 2011)

LA COMISARIA DE JUSTICIA, EN SCHENGEN

Viviane Reding, Vicepresidenta de la Comisión Europea y Comisaria de Justicia, Ciudadanía y Derechos Fundamentales, ha celebrado la pasada semana en Schengen (Luxemburgo) una reunión con su equipo. En esta reunión se han discutido las decisiones estratégicas sobre las prioridades políticas de los próximos 12 meses. La decisión de celebrar la reunión de trabajo en esta ciudad luxemburguesa ha sido obvia, ya que, aparte de ser en el Estado miembro de origen de la Comisaria Reding, es el lugar donde se firmaron los acuerdos del mismo nombre, siendo estos significado de libre circulación.

(5 de septiembre de 2011)

LA ACTUACIÓN DE LA COMISIÓN RESUELVE EL 90% DE LOS CASOS DE LIBRE CIRCULACIÓN PENDIENTES

La Comisión Europea dedica todas sus energías a la aplicación efectiva de las normas sobre libre circulación de la UE en todos los Estados miembros. Por ello, está adoptando una postura enérgica para abordar los problemas producidos por la incorporación a las legislaciones nacionales de la Directiva 2004/38/CE sobre libre circulación de la UE, a fin de que los ciudadanos europeos se beneficien plenamente de sus derechos. Varios acontecimientos del año pasado (2010) pusieron de manifiesto la existencia de importantes problemas respecto de las garantías procesales y sustantivas con arreglo a la Directiva sobre libre circulación de la UE. En consecuencia, la Comisión tomó medidas para garantizar que los 27 Estados miembros respetarán plenamente el derecho de libre circulación de la UE. La libre circulación de personas entre los Estados miembros de la UE constituye uno de los éxitos más tangibles de los 70 últimos años de la integración europea, y aporta grandes beneficios a los ciudadanos de la UE, a los Estados miembros y a la economía europea en su conjunto. Un año más tarde, gracias a la continua presión política, la Comisión ha obtenido resultados concretos: 16 Estados miembros han respondido plenamente a las preocupaciones de la Comisión o han elaborado proyectos de leyes modificativas para garantizar el pleno cumplimiento de la Directiva. Por lo que respecta a los restantes Estados miembros, la Comisión ha iniciado o está considerando iniciar procedimientos de infracción con arreglo a los Tratados de la UE.

(5 de septiembre de 2011)

HACIA UNA POLÍTICA DE DERECHO PENAL DE LA UE

La Comisión Europea acaba de publicar una Comunicación titulada «Hacia una política de Derecho penal de la UE», donde fija por primera vez la estrategia y los principios a los que propone remitirse cuando recurra al Derecho penal de la UE para reforzar la aplicación de las políticas europeas y proteger los intereses de los ciudadanos. La Comunicación que se publica define las condiciones de la colaboración de la Unión y los Estados miembros para establecer una política penal de la UE coherente y homogénea. Destacan, entre otras, que el Derecho penal debe ser siempre un instrumento de último recurso cuyas sanciones se reserven para delitos especialmente graves; asimismo, la nueva legislación impondrá un estricto respeto de los derechos fundamentales que garantizan la Carta de Derechos Fundamentales y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos; y toda decisión para adoptar medidas o sanciones penales concretas deberá acompañarse de pruebas materiales claras y respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Las medidas penales adoptadas a nivel de la UE se diferencian del Derecho penal nacional en un aspecto importante: no pueden imponer obligaciones directas a los particulares, sino que se limitan a abrir la posibilidad de que se impongan sanciones a los particulares una vez que un Parlamento nacional haya incorporado las medidas a su propia legislación. Esta es la razón por la que se considera capital la implicación de los Parlamentos nacionales en el proceso de elaboración del Derecho penal.

(19 de septiembre de 2011)

ENFOQUE EUROPEO PARA PROTEGER MEJOR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS

La Comisión ha propuesto fortalecer el espacio Schengen para garantizar la libre circulación de los cientos de miles de ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países que viajan por su territorio a diario. Las propuestas de la Comisión pretenden crear un enfoque más eficiente y basado en la UE para la cooperación Schengen. Se debe poder hacer frente de forma efectiva y coordinada a las tensiones particulares que pueda tener que soportar. Las propuestas aportan un sistema de evaluación y supervisión más sólido, basado en la UE, para verificar y garantizar la aplicación de las normas de Schengen y un mecanismo europeo de toma de decisiones más estructurado que pueda permitir la reintroducción temporal de controles fronterizos interiores en caso de amenazas graves al orden público o a la seguridad interior. En un área sin fronteras interiores, todo desafío a la integridad de cualquier parte de dicha área tiene consecuencias para todo el espacio Schengen y para la UE en su conjunto. El sistema actual, basado en un mecanismo intergubernamental de revisión inter pares, unido a la posibilidad de tomar decisiones individuales a nivel nacional para reintroducir excepcionalmente controles fronterizos internos, se ha mostrado ineficiente cuando se ha tratado de reforzar la confianza mutua entre miembros del espacio Schengen y salvaguardar la libre circulación en un espacio sin controles fronterizos. Aún hay que hacer más para reforzar la gestión de este espacio común y prestar el apoyo adecuado a los Estados miembros que tienen que hacer frente a situaciones críticas. Junto con una Comunicación explicativa, la Comisión ha adoptado dos propuestas legislativas en este sentido

con los siguientes objetivos: 1) fortalecer la gestión del espacio Schengen; 2) definir un mecanismo europeo de toma de decisiones para proteger el interés común.

(19 de septiembre de 2011)

CONGRESO SOBRE GARANTÍAS Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL MARCO JURÍDICO DE LA UE

El Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid organiza, los días 19, 20 y 21 de octubre, en Valladolid, el Congreso Internacional sobre garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la UE. El congreso analizará la protección de las víctimas y su tratamiento procesal, dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. Además, estudiará los diversos grupos de víctimas especialmente vulnerables, tales como menores, inmigrantes, personas mayores, personas con discapacidad, etc. Para más información e inscripciones contactar con el Instituto de Estudios Europeos, Universidad de Valladolid.

(10 de octubre de 2011)

IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN LA PRÁCTICA

ERA, la Academia de Derecho Europeo, organiza en su sede de Tréveris (Alemania), los próximos días 7 y 8 de noviembre, un seminario sobre Derecho de la UE de igualdad entre mujeres y hombres en la práctica. Este evento forma parte de una serie de seminarios en el marco del programa PROGRESS de la Comisión Europea. Este seminario ofrecerá una visión general del contenido de las Directivas europeas, tal y como lo interpreta el TJUE en su jurisprudencia. También se tratarán temas clave como los conceptos de discriminación directa/indirecta, acoso y acoso sexual, la carga de la prueba, el alcance de las medidas de acción positiva, etc. El seminario está dirigido a jueces y fiscales, así como a otros profesionales del Derecho, miembros de la judicatura y profesores universitarios. Los idiomas del seminario serán el inglés y el español.

(10 de octubre de 2011)

LA UE MANIFIESTA SU COMPROMISO CON LA ABOLICIÓN UNIVERSAL DE LA PENA DE MUERTE

La Unión Europea ha celebrado esta semana, concretamente el 10 de octubre, el Día Mundial y Europeo contra la Pena de Muerte. La abolición de la pena de muerte en todo el mundo es uno de los principales objetivos de la política de derechos humanos de la UE. En efecto, la UE considera que se trata de una pena despiadada que, además de violar la dignidad humana, no consigue erradicar los delitos violentos. La aplicación de la pena capital como consecuencia de un error judicial, posibilidad de la que ningún sistema legal está exento, acarrea la pérdida irreversible de vidas humanas. La UE lidera los esfuerzos desplegados por las organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo en sus campañas por la abolición de la pena de muerte, de las que es además la principal donante. En julio de 2011 se cumplió el vigésimo aniversario de la entrada en vigor del Segundo Protocolo

Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, principal instrumento internacional en pro de la abolición de la pena de muerte. La UE anima a todos los Estados a que ratifiquen ese Protocolo o se adhieran a él. Se trata, además, de la primera organización regional en haber adoptado normas que prohíben el comercio de mercancías utilizadas para la pena capital (y para la tortura y el trato degradante), así como la prestación de la asistencia técnica relacionada con esos productos. El compromiso político de la UE va acompañado de una cuantiosa ayuda financiera para proyectos concretos.

(10 de octubre de 2011)

LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN DESPEGA

Las comisiones LIBE y de FEMM del Parlamento Europeo han abierto el camino hacia una orden europea de protección, que permitirá a las víctimas seguir protegidas en toda la Unión Europea. Hasta ahora, su protección no llegaba más allá de la frontera. La orden se dirigirá a cualquier persona amenazada de forma que se ponga en peligro su vida o que dañe su dignidad o su integridad física o psicológica. Si el Estado miembro en el que reside esta persona dicta una orden de protección en el marco de un proceso penal, ésta debería ser válida también en el resto de países de la UE. La orden hace referencia a medidas de protección frente a un acto criminal, tales como una orden de alejamiento. Aunque en un principio fue concebida como una protección adicional para las víctimas de violencia de género, se aplicará a todas las medidas de protección en favor de víctimas (incluso potenciales) de actos criminales, sean de la naturaleza que sean, pero no de delitos de tipo civil. También se aplicará a los familiares de la persona protegida, si las medidas de protección les incluyen. La orden europea de protección sólo se dictará si así lo solicita la persona a la que vaya dirigida. En cuanto a la persona contra la que se haya dictado la orden, se le ofrece la posibilidad de apelar para obtener una modificación de la medida.

(10 de octubre de 2011)

ENTRADA EN FUNCIONAMIENTO DE UN SISTEMA DE VISADOS MÁS EFICAZ Y SEGURO

La Comisión Europea ha anunciado que hoy, martes 11 de octubre, a las 8:00 horas, ha entrado en funcionamiento el Sistema de Información de Visados (VIS en sus siglas inglesas). Desde este momento, las solicitudes de visado se gestionarán mucho más deprisa gracias a la utilización de datos biométricos (huellas dactilares e imagen facial digitales), lo que facilitará la identificación de los titulares de los visados y contribuirá a evitar la usurpación de identidad. Este nuevo sistema permitirá un rápido y eficaz intercambio de datos sobre visados para estancias de corta duración entre los países Schengen. El VIS también reforzará la integridad del sistema y fortalecerá la confianza entre los Estados miembros participantes. Las primeras oficinas consulares que estarán conectadas al sistema serán las de África del Norte (Argelia, Egipto, Libia, Mauritania, Marruecos y Túnez).

(10 de octubre de 2011)

ESTADO DE LAS NEGOCIACIONES DE ADHESIÓN A LA UE

La Comisión Europea ha recomendado la apertura de negociaciones de adhesión con Montenegro y la concesión del estatuto de candidato a Serbia. En un conjunto de informes, la Comisión analiza los avances realizados durante el pasado año por los países de los Balcanes Occidentales, Turquía e Islandia en el camino de la adhesión. En un año en el que concluyeron las negociaciones de adhesión con Croacia, también se han producido nuevos avances en los Balcanes Occidentales. La detención de los dos últimos inculpados por el TPIY eliminó un obstáculo insalvable para las aspiraciones europeas de Serbia y supuso un paso importante para la reconciliación en la región. Montenegro ha intensificado sus reformas, sobre la base de las prioridades establecidas por la Unión Europea. La Comisión también ha confirmado su anterior recomendación de abrir negociaciones de adhesión con la Antigua República Yugoslava de Macedonia. En diciembre de 2010 se abrió la posibilidad de que los ciudadanos de otros dos países de los Balcanes Occidentales, Albania y Bosnia y Herzegovina, puedan viajar sin visado por el espacio Schengen. El proceso de adhesión de Islandia avanzó durante el pasado año y las negociaciones están en curso. La Comisión espera que las negociaciones sigan avanzando correctamente y confía en que cuestiones clave, como la pesca y la protección del medio ambiente, puedan abordarse de manera constructiva. Lamentablemente, durante más de un año las negociaciones de adhesión con Turquía no se han extendido a nuevos ámbitos. El proceso de adhesión de Turquía a la UE sigue siendo el marco más eficaz para promover las reformas, desarrollar un diálogo sobre temas de política exterior y seguridad y reforzar la competitividad económica. Al mismo tiempo, la Comisión está preocupada por las recientes tensiones en las relaciones entre Turquía y Chipre. Se precisa desarrollar una nueva agenda positiva en las relaciones UE-Turquía con el fin de permitir una relación más constructiva basada en medidas concretas en ámbitos de interés común.

(17 de octubre de 2011)

FRONTERAS INTELIGENTES DE LA UE

La UE necesita modernizar y aumentar la eficiencia de la gestión de los flujos de viajeros en sus fronteras exteriores. La Comisión Europea ha aprobado una Comunicación en la que presenta las principales opciones de utilización de nuevas tecnologías con el fin de simplificar los trámites de los extranjeros que viajan frecuentemente a la UE y controlar mejor el cruce de fronteras de los nacionales de terceros países. Permitir que los viajeros puedan cruzar las fronteras con rapidez y sin complicaciones, garantizando al mismo tiempo un nivel adecuado de seguridad, constituye un reto para muchos Estados miembros. Cada año, más de 700 millones de ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países atraviesan las fronteras exteriores de la UE. Se prevé que esa cifra aumente significativamente los próximos años. De aquí a 2031, el número de usuarios de los aeropuertos europeos podría aumentar un 80%, lo que provocaría mayores retrasos y largas filas de viajeros si los procedimientos de control fronterizo no se modernizaran tempestivamente. Redunda en interés de la UE simplificar en la medida de lo posible el acceso a Europa de los turistas y viajeros de negocios.

(24 de octubre de 2011)

LA ABOGACÍA ACOGE CON ÉXITO EL NUEVO CARNET DE ABOGADO EUROPEO IMPULSADO POR EL CGAE

Casi 500 abogados han solicitado o tienen ya en su poder el nuevo carnet de abogado europeo que el Consejo General de la Abogacía Española comenzó a emitir en el X Congreso Nacional de la Abogacía de Cádiz. Este carnet identifica a su titular como un abogado colegiado en uno de los estados miembros y facilita su acceso fuera de su país de origen a órganos jurisdiccionales y a instituciones europeas, a través del certificado digital. Los primeros carnets europeos fueron entregados al presidente del Consejo General de la Abogacía Española, Carlos Carnicer, y a los 83 decanos de los Colegios de Abogados de España. Tras ellos, cientos de abogados que participaron en el encuentro solicitaron el carnet en el stand de la Infraestructura Tecnológica del CGAE, RedAbogacía, superando notablemente la capacidad de emisión en el Congreso, por lo que se ha iniciado una lista de espera que se resolverá en breve. El carnet de abogado, reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, permite el acceso a numerosos servicios que ofrece el CGAE, entre los que destaca la suscripción automática a este boletín, así como acceso al «e-Colegio» (SIGA), acceso al Campus Virtual, y acceso a los servicios Docushare, e-Mensajes, Buromail, RedAbogacía Libros, Backup, Oficina Postal Virtual, BuroSMS.

(31 de octubre de 2011)

ACUERDO ALCANZADO SOBRE UN ELEMENTO CLAVE DEL PAQUETE «ASILO»

El Parlamento Europeo ha aprobado recientemente la propuesta de la Comisión Europea sobre la modificación de la Directiva relativa a los requisitos que reforzará los derechos concedidos a los refugiados y a los beneficiarios de una protección subsidiaria en la UE. La Directiva garantiza derechos uniformes en materia de asistencia sanitaria y de acceso al mercado de trabajo. La votación en el PE ha permitido un acuerdo en primera lectura con el Consejo, que ahora debe adoptar formalmente la Directiva modificada en las próximas semanas. La Comisión presentó su propuesta de refundición de la Directiva sobre los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de personas que necesitan protección internacional en octubre de 2009. Dicha propuesta pretendía aclarar conceptos importantes como el de «agentes de la protección», «protección interna» o «pertenencia a un grupo social determinado», con el fin de permitir a las autoridades nacionales aplicar los criterios con mayor firmeza y distinguir más rápidamente a aquellas personas que realmente necesiten protección.

(31 de octubre de 2011)

LA COMISIÓN Y LA OIM RACIONALIZAN SU COOPERACIÓN

La Comisión Europea y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) han acordado reforzar su cooperación en el ámbito de la migración y la movilidad. Los Comisarios Cecilia Malmström (Asuntos de Interior) y Andris Piebalgs (Desarrollo) han firmado un Acuerdo Marco con el Director General de la OIM, William L. Swing. El Marco dispone de métodos de cooperación más sencillos y eficientes gracias a la simplificación y racionalización del procedimiento de negociaciones contractuales entre la UE

y la OIM. Es aplicable a cualquier operación, programa o proyecto administrado por la OIM y financiado o cofinanciado por la Unión Europea. La Comisión Europea ha desarrollado un modelo de acuerdo general que aplica a sus relaciones contractuales con las organizaciones internacionales («modelo de acuerdo de contribución con una organización internacional» o «MAC»). El Acuerdo Marco firmado entre ambas organizaciones tiene por objetivo adaptar las disposiciones estándar del MAC a los requisitos específicos de la OIM. Ello simplificará aún más las negociaciones contractuales de los acuerdos de contribución individuales celebrados entre la Comisión y la OIM para programas o proyectos específicos futuros. La OIM es uno de los principales socios de ejecución de la UE en el campo de la política de migración, particularmente con respecto al Enfoque Global de la Migración. Tanto la Comisión Europea como los Estados miembros de la UE contribuyen considerablemente al presupuesto de la OIM. La OIM es también un socio importante de la emblemática Iniciativa Conjunta sobre Migración y Desarrollo (ICMD) que apoya con 15 millones de euros a las organizaciones de la sociedad civil y las autoridades locales en la vinculación de la migración y el desarrollo.

(7 de noviembre de 2011)

EL PARLAMENTO EUROPEO DEBATE EL RECONOCIMIENTO DE CUALIFICACIONES PROFESIONALES

El Parlamento Europeo, reunido esta semana en sesión plenaria, discute un informe en el que propone que se acelere el proceso, sin poner en peligro la seguridad, en la próxima reforma de la Directiva de Cualificaciones Profesionales en la UE, que data de 2005. La Directiva sienta las bases para el reconocimiento mutuo de las cualificaciones en más de 800 categorías de profesiones reguladas (aproximadamente 4.700 en total) y el reconocimiento automático de cualificaciones profesionales de siete profesiones «sectoriales» (arquitecto, dentista, médico, comadrona, enfermero, farmacéutico y cirujano veterinario). La Comisión Europea comenzó una evaluación de la Directiva en marzo de 2010. Tomando como base un Libro Verde sobre la materia, en junio de 2011 abrió una consulta pública y en diciembre de este año publicará su propuesta para actualizar la Directiva. El informe al respecto preparado por el PE se propone facilitar la movilidad transfronteriza para activar el crecimiento económico y la competitividad de la UE, y señala el número relativamente bajo de profesiones «móviles». Asimismo, propone un sistema de información del mercado interno para impedir que profesionales inhabilitados en su país puedan ejercer su profesión en otros Estados Miembros. También se contempla la existencia de un certificado profesional que acredite los méritos académicos y la experiencia profesional, que esté unido al sistema de información del mercado interno.

(14 de noviembre de 2011)

IMPACTO POSITIVO DE LA MOVILIDAD DE TRABAJADORES BÚLGAROS Y RUMANOS

La Comisión Europea ha puesto de manifiesto el papel globalmente positivo que han jugado los trabajadores móviles de Bulgaria y Rumanía en las economías de los países de

acogida, en un informe hecho público recientemente. Dichos trabajadores han contribuido a enriquecer el abanico de competencias y a cubrir los puestos vacantes en sectores y profesiones con escasez de mano de obra como la construcción, el servicio doméstico y la hostelería y restauración. Las estimaciones muestran, asimismo, un impacto positivo de la libre circulación de los trabajadores búlgaros y rumanos sobre el PIB de la UE a largo plazo, con un incremento en torno al 0,3% para los países de la UE-27 (0,4% para los de la UE-15). Los estudios también muestran que no ha habido repercusiones importantes en el desempleo o los salarios de los trabajadores locales en los países de acogida. En la UE-15 los estudios muestran que los salarios solo son como media un 0,28% inferiores a los que habrían sido sin la movilidad de los trabajadores de estos países. El informe destaca también que no está demostrado que los ciudadanos móviles se beneficien de las prestaciones de manera desproporcionada dentro de la UE y que los efectos de los flujos recientes sobre las finanzas públicas nacionales son insignificantes o positivos.

(14 de noviembre de 2011)

PRIMER ACUERDO PARA EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LOS PROCESOS PENALES

Los representantes de los Estados miembros de la UE han llegado a un acuerdo sobre un proyecto de normativa que garantiza el derecho a la información de los demandados en los procesos penales. La Comisión Europea propuso la medida en julio de 2010 como parte de su esfuerzo para garantizar el derecho de los ciudadanos a un juicio justo en toda la UE. Este es el segundo paso de la hoja de ruta de garantías procesales comunes de la UE en los procesos penales y permite que el Derecho de la UE se aproxime a los estándares establecidos por la CEDH. La medida garantizará que los países de la UE darán a toda persona detenida —o que sea objeto de una Orden de detención europea— una Declaración de Derechos en la que se enumeren sus derechos básicos en el proceso penal. Entre ellos se encuentra el derecho a acceder a un abogado, la información sobre asistencia jurídica gratuita, los cargos que se imputan, el derecho a guardar silencio o el derecho a interpretación y traducción. La declaración, que podría guardarse durante la detención, contendría precisiones adicionales en relación específica con la legislación nacional. La propuesta de Directiva, que cuenta con el apoyo de la Abogacía Europea, pasará ahora al Parlamento Europeo para su votación mañana miércoles, antes de su adopción definitiva en la reunión de ministros en el Consejo.

(21 de noviembre de 2011)

LIBRO VERDE SOBRE EL DERECHO A LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR

La Comisión Europea ha abierto, a través del lanzamiento de un nuevo Libro Verde, un debate público sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países residentes en la UE. En función del resultado de dicha consulta, la Comisión decidirá sobre la necesidad de instaurar algún sistema de seguimiento de esta política, como por ejemplo la redacción de directrices claras, la modificación de las normas vigentes o dejar la legislación en su estado actual. Desde 2003, las normas comunes de la UE especifican las condiciones en las que los miembros de la familia de un ciudadano de un país tercero,

residente legal en un Estado miembro, tienen autorización para entrar y residir en la UE. El Libro Verde se centra en una serie de preguntas derivadas de la aplicación de la Directiva 2003/86/CE. Se invita a todas las partes interesadas a responder antes del 01-03-2012.

(21 de noviembre de 2011)

EL INSTITUTO DE DERECHO EUROPEO DE VIENA INICIA SU ACTIVIDAD

Viviane Reding, Vicepresidenta de la Comisión Europea y Comisaria de Justicia de la Unión Europea, ha inaugurado la primera reunión de trabajo del Instituto de Derecho Europeo. Justo un año después de que surgiera la idea de crear el Instituto, este organismo se encuentra ahora en pie y funcionando. Fundado en junio con sede en Viena, el Instituto se propone mejorar la coherencia jurídica en Europa proporcionando asesoramiento práctico a los responsables políticos y a las autoridades y seguir desarrollando la legislación de la UE. Es una organización independiente sin ánimo de lucro que reúne a profesionales del Derecho y académicos de toda Europa. El Instituto aportará una contribución importante al objetivo más amplio de la UE de construir un espacio de Derecho y Justicia. La legislación de la Unión Europea tiene un profundo impacto en la vida cotidiana de los ciudadanos, los empresarios y en las estructuras jurídicas y políticas nacionales. La investigación académica y la formación judiciales son necesarias para desarrollar y reforzar todos los ámbitos de la legislación europea, tanto civil como penal o administrativa. El Instituto contribuirá a analizar las dificultades a las que se enfrentan los profesionales del Derecho, a determinar las posibles soluciones que contribuyan a mejorar la aplicación de la legislación de la UE y a desarrollar sugerencias para reformas de la legislación de la UE en todos los ámbitos. También será un foro de intercambio y debate para abogados, académicos y profesionales. La iniciativa de crear un Instituto de Derecho Europeo, promovida por la Comisión en su plan de acción para la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos de Europa se inspiró en el American Law Institute, organismo no gubernamental que ha desempeñado un papel fundamental en el desarrollo del Uniform Commercial Code, que facilita las ventas y otras transacciones comerciales entre los cincuenta estados de los Estados Unidos. El Instituto decidió organizar su primera reunión de trabajo para debatir la normativa común de compraventa europea, que podría ser adoptada libremente por empresas y consumidores para vender y comprar en línea en la UE.

(21 de noviembre de 2011)

LANZAMIENTO DEL PORTAL EUROPEO SOBRE INMIGRACIÓN

Cecilia Malmström, Comisaria Europea de Asuntos de Interior, ha inaugurado el «Portal de la Inmigración de la UE», un sitio de internet con información práctica para los ciudadanos extranjeros interesados en trasladarse a la UE. El sitio <www.ec.europa.eu/immigration> también va dirigido a los migrantes que ya residen en la UE y que desearían trasladarse de un Estado miembro a otro. Facilita información específica para cada categoría de migrantes sobre los procedimientos de migración en los 27 Estados miembros. El Portal de la Inmigración de la UE es un primer punto de acceso a información práctica y actualizada sobre los procedimientos y políticas nacionales de inmigración en la UE. Este Portal también

conecta directamente con los sitios de internet de las autoridades nacionales relacionadas con asuntos de inmigración. Los usuarios también encontrarán información clara sobre sus derechos y sobre los requisitos de visado para entrar en la UE. El Portal de la Inmigración de la UE explica cómo entrar en la UE de forma legal y describe los riesgos inherentes a la migración irregular, como tráfico de seres humanos y contrabando. Los migrantes y posibles migrantes tendrán acceso a un amplio listado de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que pueden prestarles ayuda. Se están realizando versiones en árabe y español, así como mejoras para hacerlo más accesible desde diferentes plataformas técnicas. Durante su realización, la Comisión llevó a cabo un amplio proceso de consulta, que incluyó a las organizaciones de apoyo a los migrantes, los sindicatos, las asociaciones de empresarios y los grupos religiosos de los países de origen, tránsito y destino.

(21 de noviembre de 2011)

MOVILIDAD Y COOPERACIÓN REFORZADA COMO RENOVADA ESTRATEGIA DE MIGRACIÓN DE LA UE

La Comisión Europea ha presentado su nueva estrategia de migración. La UE necesita impulsar sus relaciones con los terceros países para aprovechar mejor las ventajas mutuas que puede aportar la migración. Aunque la migración se encuentra entre las prioridades políticas de la Unión Europea, la Primavera Árabe y los sucesos del Mediterráneo Meridional en 2011 destacaron aún más la necesidad de una política de migración coherente y completa para la UE. Es por esta razón por la que al día de hoy la Comisión Europea propone que se refuerce el diálogo y la cooperación operativa con los terceros países socios en el ámbito de la migración y la movilidad, profundizando las propuestas que figuran en la Comunicación de 8 de marzo sobre la Asociación para la Democracia y la Prosperidad Compartida con los países del Mediterráneo Meridional. El nuevo enfoque se detalla en un renovado «Enfoque Global de la Migración y la Movilidad», que sitúa la movilidad de los nacionales de terceros países en su centro y hace que las asociaciones sean más sostenibles y con más visión de futuro. La movilidad de los ciudadanos de terceros países a través de las fronteras exteriores de la UE es importante, ya que es aplicable a una amplia gama de personas, como los visitantes de corta duración, turistas, estudiantes, investigadores, hombres de negocios o familiares de visita, y está vinculada a la política de visados.

(21 de noviembre de 2011)

MEJORES INSTRUMENTOS PARA LUCHAR CONTRA DELINCUENCIA, TERRORISMO Y EXTREMISMO

La Comisión ha publicado el primer informe sobre la Estrategia de Seguridad Interior que se puso en marcha el pasado año 2010, en el que se destacan aspectos que reclaman una mayor atención y se hace un balance de los progresos realizados. Cuatro de cada diez ciudadanos de la UE consideran que la UE necesita mejores instrumentos para combatir la delincuencia, el terrorismo y el extremismo, según revela una encuesta de Eurobarómetro dada también a conocer por la Comisión Europea. La UE debe estar preparada para reaccionar frente a la aparición y la evolución de amenazas a la seguridad. En julio de este año, un extremista de derechas perpetró un terrible atentado en Noruega; en el mes de agosto,

las autoridades públicas del Reino Unido decomisaron 1,2 toneladas de cocaína en una operación sin precedentes. A lo largo y ancho de la UE, los ciberataques causan cada vez mayores estragos en los sistemas informáticos públicos y privados. La cruda realidad de esos acontecimientos nos recuerda la importancia de intervenir para desactivar toda amenaza a la seguridad interior. Una reciente encuesta de Eurobarómetro indica que cuatro de cada diez europeos desean que la UE se muestre más activa en la solución de los problemas de seguridad destacados por la ESI. Muchos ciudadanos de la UE creen además que las amenazas se intensificarán en los próximos tres años, siendo la ciberdelincuencia el reto para la seguridad que se considera presenta más probabilidades de agravarse. En 2012, para dar un seguimiento concreto a las prioridades determinadas en el ESI, la UE —entre otras intervenciones— adoptará un paquete de medidas sobre el decomiso y la recuperación de los bienes procedentes de la delincuencia, organizará una conferencia de alto nivel sobre la lucha contra la violencia extremista y desarrollará una estrategia global para la seguridad de Internet.

(28 de noviembre de 2011)

POLÍTICA DE ASILO: «MENOS HABLAR Y MÁS SOLIDARIDAD»

La Comisión Europea ha adoptado una Comunicación sobre la «Mejora de la solidaridad dentro de la UE en materia de asilo». En ella, la Comisión propone reforzar la cooperación práctica, técnica y financiera y avanzar hacia una mejor asignación de responsabilidades y una mejor gobernanza del sistema de asilo. Esta Comunicación se debe a las consecuencias migratorias de los acontecimientos registrados en los países del Mediterráneo meridional en los últimos meses. Ello ha puesto de relieve la cuestión de la solidaridad en materia de asilo y la necesidad de reforzar la confianza mutua entre los Estados miembros y de un sistema europeo común de asilo. A pesar de las normas comunes existentes en la materia, la práctica demuestra que los sistemas de asilo no funcionan adecuadamente. Por ejemplo, en la primera mitad de este año el 75% de las solicitudes de asilo se presentaron en sólo 6 Estados miembros. La Comunicación propone, entre otras medidas, mejorar los sistemas de asilo a través de la interacción de la legislación de la UE, aumentando los fondos disponibles para los Estados Miembros y una mayor flexibilidad de los mismos, introduciendo un mecanismo de alerta rápida para detectar los nuevos problemas de los sistemas de asilo o mejorando la cooperación entre las agencias de la Unión, como Frontex, Europol y la Agencia de Derechos Fundamentales.

(5 de diciembre de 2011)

DECLARACIÓN INSTITUCIONAL DE LA UE POR LA CELEBRACIÓN DEL DÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Unión Europea ha celebrado el pasado 10 de diciembre un nuevo Día de los Derechos Humanos, rindiendo homenaje a los defensores de los derechos humanos, que consagran sus vidas a promover y defender los derechos fundamentales en todo el mundo. Este año, el Día de los Derechos Humanos se ha centrado en la labor de los defensores de los derechos humanos y en el papel que pueden desempeñar los medios de comunicación social para fomentar y sustentar el cambio. La «primavera árabe» ha recordado con claridad que los

derechos humanos son universales y que la gente aspira en todas partes a vivir con dignidad y en libertad. En 2011, miles de personas han decidido que había llegado el momento de reivindicar sus derechos. Los medios de comunicación social se hicieron portadores de su mensaje y permitieron a activistas y particulares salir del aislamiento, difundir ideas y denunciar la opresión. El uso de los medios de comunicación social para promover los derechos humanos no debe verse restringido por los gobiernos. La UE ha condenado reiterada y públicamente las restricciones de la libertad de expresión y del acceso a internet, así como las detenciones de blogueros que están teniendo lugar en muchos países del mundo.

(12 de diciembre de 2011)

CONFERENCIA SOBRE LA ADHESIÓN DE LA UE AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

ERA, la Academia de Derecho Europeo, organiza el próximo día 30 de enero de 2012, en su sede de Bruselas, una Conferencia sobre la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El objetivo de la conferencia es examinar el estado actual de la adhesión y analizar las implicaciones jurídicas de dicha adhesión para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE. La relación entre ambos ordenamientos jurídicos y los tribunales europeos de Estrasburgo y Luxemburgo también será discutida. La conferencia está dirigida a funcionarios de los gobiernos nacionales, funcionarios de la UE, jueces nacionales, abogados y demás partes interesadas. El idioma de la conferencia será el inglés.

(12 de diciembre de 2011)

DERECHO A UN JUICIO IMPARCIAL: LOS SOSPECHOSOS RECIBIRÁN UNA «DECLARACIÓN DE DERECHOS»

El Parlamento Europeo ha votado a favor de que los sospechosos reciban en breve en la Unión Europea una «declaración de derechos» que enumerará los derechos fundamentales que les asisten en el proceso penal. La Comisión Europea propuso la medida en julio de 2010 como parte de su esfuerzo para garantizar el derecho de los ciudadanos a un juicio imparcial en toda la UE. Este es el segundo paso de una serie de medidas para establecer normas comunes de la UE en los procesos penales. La medida forma parte de los esfuerzos de la Comisión para reforzar los derechos a un juicio imparcial a escala de la UE y para mejorar la confianza mutua entre las autoridades judiciales. Tras la aprobación del Parlamento, la medida se someterá a los Ministros para su adopción final por el Consejo en las próximas semanas, antes de convertirse en norma. La normativa contiene cinco innovaciones: 1) los sospechosos serán informados de sus derechos desde el momento de su la detención; 2) recibirán una «declaración de derechos» que especificará sus derechos por escrito; 3) la declaración de derechos debe ser fácil de comprender, sin jerga jurídica; 4) se facilitará en una lengua que el sospechoso entienda; 5) contendrá detalles prácticos sobre los derechos individuales. La Comisión ha facilitado un modelo de declaración, que será traducida a las 23 lenguas de la UE.

(12 de diciembre de 2011)

EUROSUR: UNA MEJOR CONEXIÓN EN LA VIGILANCIA DE FRONTERAS

La Comisión Europea ha propuesto la creación de un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (EUROSUR), que tiene por objeto aumentar la coordinación en el interior de los Estados miembros y entre ellos con el fin de prevenir la delincuencia grave, como el tráfico de drogas y la trata de seres humanos, y luchar contra ella, así como para reducir el número inaceptable de inmigrantes muertos en el mar. Gracias al mecanismo de EUROSUR, las autoridades de los Estados miembros responsables de la vigilancia de las fronteras (guardias de fronteras, guardacostas, policía, aduanas y marina de guerra) podrán intercambiar información operativa y cooperar entre sí y con Frontex y países vecinos. El aumento en el intercambio de información y el uso de tecnología de vigilancia moderna introducidos por EUROSUR pueden tener una importancia vital para salvar las vidas de los inmigrantes que intentan llegar a las costas de los Estados miembros de la UE a bordo de pateras muy difíciles de localizar. El intercambio de información en el marco de EUROSUR adoptará la forma de «imágenes de situación», que pueden describirse como interfaces gráficas de datos, información e inteligencia. Con el fin de mejorar la capacidad para detectar pequeñas embarcaciones, Frontex creará también un servicio para la aplicación común de las herramientas de vigilancia que combinará, entre otras cosas, imágenes por satélite con la información procedente de sistemas de indicación de la posición de los barcos. La utilización en la actualidad de pequeñas embarcaciones de madera y de fibra de vidrio para el tráfico ilegal de migrantes y drogas constituye un reto importante para las autoridades responsables de la aplicación de la ley, ya que son muy difíciles de detectar, identificar y rastrear en alta mar. EUROSUR permitirá a la UE utilizar las herramientas de vigilancia de fronteras ya disponibles de forma más eficaz y rentable y proporcionará a Frontex y a las autoridades de control fronterizo los medios necesarios para responder de forma rápida y flexible a la rápida mutación que experimentan las rutas y métodos empleados por la migración ilegal y la delincuencia transfronteriza.

(12 de diciembre de 2011)

MODERNIZACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE LAS CUALIFICACIONES PROFESIONALES

La Comisión Europea ha adoptado una propuesta dirigida a modernizar la Directiva 2005/36/CE, relativa a las cualificaciones profesionales. Según se va reduciendo la población en edad de trabajar en muchos Estados miembros, se prevé que la demanda de trabajadores muy cualificados aumente de aquí a 2020 en más de 16 millones de puestos de trabajo. Si Europa quiere satisfacer esta demanda, habrá que colmar las lagunas de escasez de mano de obra, por ejemplo mediante profesionales móviles y bien cualificados de otros Estados miembros de la UE. Estos pueden ser una fuente fundamental de crecimiento, pero solo si pueden trasladarse con facilidad allí donde haya empleo, para lo cual es necesario que sus cualificaciones se reconozcan en la UE de forma sencilla, rápida y fiable. La propuesta tiene por objeto simplificar las normas sobre la movilidad de los profesionales de la UE gracias a una tarjeta profesional europea para todas las profesiones afectadas, la cual permitiría un reconocimiento más fácil y rápido de las cualificaciones. Además, aclara la normativa para los consumidores al instar a los Estados miembros a revisar el alcance de sus profesiones reguladas y al abordar las preocupaciones públicas sobre las competencias

lingüísticas y la falta de alertas eficaces en materia de negligencia profesional, sobre todo en el sector sanitario.

(19 de diciembre de 2011)

PROGRAMA «EUROPA CON LOS CIUDADANOS»

La Comisión Europea ha adoptado una propuesta relativa a un nuevo programa, «Europa con los ciudadanos», el cual tiene por objeto aumentar la sensibilización pública sobre la Unión Europea y el conocimiento que los ciudadanos tienen de ella. El programa, que se aplicará de 2014 a 2020 con un presupuesto de 229 millones de euros, apoyará actividades destinadas a aumentar la sensibilización y el conocimiento de los ciudadanos sobre la Unión Europea, sus valores y su historia (por ejemplo, iniciativas de conmemoración del pasado europeo y de hermanamiento de ciudades). En el actual programa «Europa con los ciudadanos» 2007-2013 ya se establece un marco jurídico para apoyar una amplia gama de actividades y organizaciones que fomentan la ciudadanía europea. Con objeto de sensibilizar a los ciudadanos sobre los distintos aspectos de la ciudadanía europea, el nuevo programa «Europa con los ciudadanos» prestará apoyo a grupos de reflexión, agrupaciones ciudadanas y otras organizaciones de la sociedad civil. Además, fomentará la mejora del conocimiento de la UE, su historia y sus valores, y la comprensión del impacto de las políticas de la Unión en la vida cotidiana de los ciudadanos. El nuevo programa complementará el Informe sobre ciudadanía presentado en 2010 por la Comisión y su propuesta para designar 2013 como «Año Europeo de los Ciudadanos».

(19 de diciembre de 2011)

ADHESIÓN DE LIECHTENSTEIN A SCHENGEN

El Consejo de la UE adoptó formalmente, el pasado 13 de diciembre, la Decisión en virtud de la cual Liechtenstein se convierte en el 26.º miembro del espacio Schengen. El 19 de diciembre se suprimirán los controles fronterizos con este país. En adelante Liechtenstein formará parte de Schengen y tendrá pleno acceso al Sistema de Información de Schengen (SIS), un banco de datos común para las autoridades de fronteras, aduaneras, policiales y de inmigración. El SIS cuenta con normas estrictas de protección de datos. Desde el establecimiento de la cooperación de Schengen, resulta mucho más fácil viajar por Europa. Tanto los ciudadanos de un Estado miembro de la UE como los de terceros países que residan legalmente en la UE pueden desplazarse libremente por todo el espacio Schengen sin someterse a ningún control fronterizo ya sea por tierra, mar o aire. Los turistas que llegan a la UE procedentes de terceros países solo tienen que presentar el pasaporte y el visado (en caso de que se les exija) una vez, en la frontera exterior de entrada. En 2009 se expidieron casi 10 millones de visados Schengen.

(19 de diciembre de 2011)

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS

I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Ángel G. Chueca Sancho

Catedrático de Derecho Internacional Público y RRII en la Universidad de Zaragoza

ABARCA JUNCO, P., y ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Inmigración y extranjería. Régimen jurídico básico*, 5.ª ed., Colex, Madrid, 2011, 430 pp.

BOZA MARTÍNEZ, D.; DONAIRE VILLA, J.F., y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), *Comentarios a la reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/200)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 359 pp.

CAZORLA GONZÁLEZ, J.M., *Adquisición de la nacionalidad por descendientes de españoles*, Reus, Madrid, 2011, 304 pp.

FAVILI, C. (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Cedam, Padua, 2011, XIV+428 pp.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Nacionalidad y extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 263 pp.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (coord.), *Inmigración, familia y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, 559 pp.

GISTI, *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France,* 9.ª ed., La Découverte, París, 2011, 350 pp.

HERNANDO VERA, A., *100 respuestas sobre extranjería*, Ediciones Laberinto, Alcorcón (Madrid), 2011, 318 pp.

IRR (The Institute of Race Relations), «Islamphobia and progressive values», <http://www.irr.org/uk>, Londres, 2011, 30 pp.

IRR (The Institute of Race Relations), «Islamphobia, human rights and anti-terrorist laws», <http://www.irr.org/uk>, Londres, 2011, 23 pp.

LANZA E., *Gli stranieri e il diritto penale*, Cedam, Padua, 2011, XXX+674 pp.

LIBERTI, S., *A sud di Lampedusa. Cinque anni di viaggi sulle rotte dei migranti*, 2.ª ed., Minimum fax, Roma, 2011, 210 pp.

MARTÍN ARRIBAS, J.J., *Código de los extranjeros*, 5.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, 1.756 pp.

MOYA, D., y AGUELO NAVARRO, P., *La reforma de la Ley Orgánica de Extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, 128 pp.

RESCIGNO, F., *Il diritto di asilo*, Carocci, Roma, 2011, 150 pp.

RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J.R., y LÓPEZ AGUILAR, J.F. (coords.), *Perspectivas y fronteras de los derechos de los extranjeros*, Civitas, Madrid, 2011, 398 pp.

SÁNCHEZ RIVAS, J., y FRANCO PANTOJA, F., *Guía para orientación legal en inmigración*, 3.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, 256 pp.

SERÓN, G.; JOLIVEL, A., y otros, *Coherencias políticas hacia África: Migraciones*, <http://www.uam.es/gea>, Madrid, 2011, 82 pp.

VACAS FERNÁNDEZ, F., *Reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros en España*, Dykinson, Madrid, 2011, 105 pp.

VITALI, L., y ROSSI, E., *I rifugiati in Italia e in Europa. Procedure di asilo fra controllo e diritti humani*, Giappichelli Editore, Turín, 2011, XII+162 pp.

VV.AA., *Legislación sobre extranjeros*, 16.ª ed., Civitas, Madrid, 2011, 620 pp.

ZWAN, K. (a cura di), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Member States*, Wolf Legal Publishers, Nimega, 2011, 215 pp.

Miradas y voces de la inmigración

CATALÁ, MANUELA (coordinadora)

Ed. Montesinos, Barcelona, 2011, 315 pp.

ANTONIO PRIETO ANDRÉS

[Profesor del Instituto Humanismo y Sociedad de la Universidad San Jorge de Zaragoza]

La obra colectiva *Miradas y voces de la inmigración*, coordinada por Manuela CATALÁ, es un magnífico ejemplo de que la inmigración es un fenómeno multifacético, que no se puede estudiar ni comprender si se analiza sólo desde un único punto de vista o ciencia. El mero hecho de hablar de la inmigración, o de los inmigrantes, en general, ya puede ser un error, puesto que lo que llega a nuestras sociedades son personas, cada una con sus propias inquietudes y bagajes personales y culturales. Por eso, es importante que, además de analizar el fenómeno desde fuera, desde la perspectiva de las personas autóctonas, que no forman parte del colectivo inmigrante, como se ha venido haciendo, mayoritariamente, hasta ahora, se comience a dar voz a los propios inmigrantes. Y eso es lo que hacen varios de los trabajos que componen esta obra, de ahí que su título no pueda ser más acertado: *Miradas y voces de la inmigración*. Nótese que se ha utilizado la preposición «de» y no «sobre», lo que, sin duda, es muy indicativo del enfoque que se ha querido dar al tema de la inmigración en esta obra. Un enfoque que se ha realizado desde diversos ángulos, incluyendo el interno, el que muestra la perspectiva de varios colectivos de personas inmigrantes o de inmigrantes en singular. Si la obra se hubiera titulado *Miradas y voces sobre la inmigración*, seguramente estaríamos ante otra obra que analizaría el fenómeno únicamente desde el exterior, desde la perspectiva del espectador autóctono, desde las alturas de quien no sufre el problema, que es el enfoque más frecuente.

Miradas y voces. Para entender a alguien y poder lograr cierto grado de empatía, de comprensión, hacia él o ella, hay que mirarle y escucharle. De lo contrario, serán los estereotipos y prejuicios que hemos recibido e interiorizado desde nuestro entorno (como los ofrecidos por los medios de comunicación, por ejemplo) los que predominarán en nuestra forma de entender a las personas de diferentes procedencias y culturas. En esta obra se mira y se da voz a personas procedentes de África, Asia y Latinoamérica, por ejemplo.

De ahí que la lectura de esta obra sea estimulante, porque, además de tratar el asunto de la inmigración desde diferentes ángulos, también lo hace desde diversas ciencias, como la Psicología, el Derecho, la Sociología, la Comunicación, la Filología, la Literatura o la Economía. Todo ello tiene cabida en este libro, por lo que, en conjunto, se configura como un conglomerado rico y sustancioso, tanto como lo es el propio fenómeno de la inmigración que estudia y explica.

Algunas de las aportaciones más interesantes que los autores de esta obra colectiva nos proporcionan tienen que ver con el papel que juegan los medios de comunicación en la representación de la realidad de las personas inmigrantes y que, con frecuencia, realizan de forma incorrecta esa función de mediación social que aquéllos tienen, puesto que, en el ámbito de la prensa, y también en el de la publicidad, abun-

dan los estereotipos y las etiquetas. Manuela CATALÁ hace hincapié, además de en lo dicho, en la importancia que tiene un correcto uso del lenguaje a la hora de explicar la realidad, puesto que el lenguaje objetiviza el mundo, lo ordena y, como consecuencia, lo realiza.

Javier GARCÍA y Pedro HELLÍN se ocupan, en sus respectivos trabajos, del papel de la publicidad como transmisor de imaginarios y culturas. El primero analiza cómo y por qué las personas de origen latino y africano son mostradas en la publicidad como representantes de lo erótico y lo sensual, deshumanizándolos. Por su parte, el segundo explica cuál es la relación existente entre publicidad y consumo en Marruecos, desde sus especificidades socioculturales. También desde el enfoque de la comunicación, pero en este caso cinematográfica, Joseba BONAUT nos explica la capacidad del cine para mostrar la complejidad de la inmigración, como una ventana a la realidad, si bien el autor critica que hace falta escuchar a los que sufren el problema y que existe cierta incapacidad para mostrar los problemas principales.

Desde la perspectiva de la Sociología y la Psicología social se presentan, en primera persona, los problemas de diversas comunidades inmigrantes. Así, José J. VÁZQUEZ y Juan CRISTÓBAL hacen sus aportaciones sobre la reparación social y cultural que merece la comunidad latinoamericana, que debe ir ligada a la justicia. Por su parte, Helena AMIGO desmonta algunos de los mitos y leyendas que rodean a la comunidad china y que están tan extendidos, a pesar de ser equivocados, en nuestra sociedad. Por su parte, Juanjo CÁCERES y Elena ESPETEIX explican las dificultades que se encuentran las mujeres inmigradas para vivir en España, utilizando los resultados de una investigación que analiza los problemas que se encuentran en el ámbito laboral, para encontrar una vivienda digna o para sentirse a gusto en las sociedades de acogida.

Ya desde el punto de vista jurídico, Katrina BELSUÉ pone en relación los conceptos de integración y ciudadanía y critica el discurso político dominante, que diferencia entre quienes tienen papeles o no. Además, aporta una idea importante, desde mi punto de vista, y que merece una detenida reflexión: que en la política migratoria se refleja el modelo de sociedad que somos y que queremos ser. También Ángel G. CHUECA, en su prólogo, hace unas interesantes reflexiones sobre qué es el *ius migrandi* y cuáles son sus fases o elementos.

María E. GALLIZO y Ana I. GIL tratan, en sus respectivos trabajos, cuestiones que tienen que ver con la salud y la cultura. La primera nos muestra que la alimentación es un factor identitario de los pueblos y que lo que la gente compra y come depende no sólo de factores individuales, sino de determinantes sociales, culturales, económicos y medioambientales, siendo la alimentación un indicativo de la adaptación de los pueblos migrantes al lugar de destino. Por su parte, la segunda autora hace un estudio en profundidad del impacto de las enfermedades de transmisión sexual en diversas comunidades de inmigrantes, en comparación con la población autóctona.

Finalmente, nos referimos a los trabajos que dan voz propia a personas de otras culturas. En el trabajo de Marta GIL se nos presenta la situación de la población inmigrante en la provincia de Teruel, resultado de un trabajo de investigación realizado contando con los propios protagonistas, que hacen propuestas para mejorar la convivencia y su existencia allí. Ascensión LUCEA nos relata las experiencias vitales, con frecuencia desgarradoras, de personas venidas desde África a Europa. Por su parte, Jorge L. RODRÍGUEZ da un repaso por la literatura cubana, que tiene como rasgo definitorio el mestizaje y que refleja la realidad social y cultural de Cuba, realidad que, como es sabido, tiene en la emigración y la inmigración un importante elemento caracterizador de su esencia cultural.

En definitiva, nos encontramos ante una obra de contenido variado, que se lee con interés, y que puede resultar atractiva para cualquiera que desee ampliar su perspectiva, seguramente especializada pero, por eso mismo, limitada, de la inmigración. Este libro nos propone que miremos las caras y escuchemos las voces de aquellas personas que viven entre nosotros y que proceden de otros lugares y culturas, lo que nos aportará un conocimiento que sólo puede conseguir que nos acerquemos, cada vez más, a una verdadera convivencia intercultural.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista de Derecho Migratorio y Extranjería publica, con una periodicidad cuatrimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho de Exttranjería. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. **Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para recensiones deberán remitirse a la sede de la *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: gloriasanchez@lexnova.es. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.

2. **Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.

3. **Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.

4. **Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.

5. **Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán las 40 páginas a doble espacio, numeradas correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y

deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado, igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

    a) LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.

    b) ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.

    c) RECURSO DE INTERNET: <URL>.

7. **Jurisprudencia:** Los trabajos destinados a la Sección «Comentarios de Jurisprudencia», además de contar con el contenido recogido en los números 5 y 6 anteriores, deberán ir precedidos de la cita textual total o parcial (en los números relevantes para el comentario) de los fundamentos de Derecho de la sentencia comentada.

8. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.